

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'inégalité des collectivités publiques en matière pénale, spécialement sous l'angle de la responsabilité et de la compétence normative

Nihoul, Marc

Published in:
C.D.P.K.

Publication date:
2007

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2007, 'L'inégalité des collectivités publiques en matière pénale, spécialement sous l'angle de la responsabilité et de la compétence normative', *C.D.P.K.*, p. 63-92.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'inégalité des collectivités publiques en matière pénale, spécialement sous l'angle de la responsabilité et de la compétence normative

Marc NIHOUL

Chargé de cours (F.U.N.D.P. de Namur,
Académie universitaire « Louvain »)
Directeur du centre projudic
Avocat au barreau de Bruxelles

* * *

Cour d'arbitrage, n° 31/2007, 21 février 2007

L'inégalité des collectivités publiques en matière pénale, spécialement sous l'angle de la responsabilité et de la compétence normative

Marc NIHOUL - Chargé de cours (F.U.N.D.P. de Namur, Académie universitaire « Louvain »)

Directeur du centre projucit¹

Avocat au barreau de Bruxelles

— RÉSUMÉ

L'inégalité entre les collectivités publiques trouve à s'illustrer dans différentes matières et sur différents points : institutions, compétences, prescription, ... mais aussi responsabilité pénale à laquelle échappent seulement certaines collectivités publiques du fait de la loi. Depuis la fin du siècle passé, la Cour constitutionnelle semble faire preuve d'une grande mansuétude à cet égard. Comme si le législateur disposait à ce propos d'une marge d'appréciation sans limites ou presque, sur un fond de jurisprudence néanmoins contrastée. La présente contribution fait le point sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière d'égalité entre les collectivités publiques, en faveur d'une plus grande cohérence, spécialement en droit pénal, en matière de responsabilité et de compétence normative.

— SAMENVATTING

De ongelijkheid tussen overheden is op verscheidene gebieden en in verschillende aangelegenheden merkbaar : instellingen, bevoegdheden, verjaring... maar ook op het vlak van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid, waaraan slechts bepaalde overheden bij wet worden onttrokken. Sinds het einde van de afgelopen eeuw lijkt het Grondwettelijk Hof hieromtrent blij te geven van een grote soepelheid, alsof de wetgever in dat verband over een haast grenzeloze beoordelingsbevoegdheid beschikt, hoewel de rechtspraak terzake niet eenduidig is. De huidige bijdrage geeft een stand van zaken van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, met het oog op een grotere coherentie, inzonderheid op strafrechtelijk vlak, inzake aansprakelijkheid en regelgevende bevoegdheid.

1. Les changements de siècles paraissent décisifs en matière de responsabilité de l'Etat. La responsabilité civile de l'Etat du fait de son pouvoir exécutif a été consacrée le 5 novembre 1920 par l'arrêt de la Cour de cassation « *La Flandria* », sous la pression de plusieurs études doctrinales mémorables². Le reste du vingtième siècle

aura été nécessaire pour tirer progressivement les principales conséquences de cette « *révolution jurisprudentielle à retardement* » par rapport à la révolution constitutionnelle initialement planifiée par le constituant originaire³ ... et avoir la maturité nécessaire pour se poser la question de la symétrie des pouvoirs face à la respon-

¹ protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale : www.projucit.be

² R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Sirey, Bruxelles, Larcier, 1911 ; M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1912 ; L. WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Bruxelles, Lamartin, Paris, Rivière, 1920.

³ A cet égard, v. M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Charte, 2001, pp. 108 et s.

sabilité civile en s'attaquant à la responsabilité de l'Etat d'abord du fait de son pouvoir judiciaire avec l'arrêt Anca du 19 décembre 1991, ensuite du fait de son pouvoir législatif avec l'arrêt Ferrara Jung du 28 septembre 2006⁴.

Entre-temps, le Conseil d'Etat était créé en 1946 en réponse, probablement, à l'arrêt « *La Flandria* ». Consécutivement à l'arrêt Ferrara Jung, cette fois, il n'est pas exclu que la responsabilité de l'Etat connaisse un bouleversement constitutionnel sous la prochaine législature, l'article 144 de la Constitution ayant été ouvert à révision par la déclaration du 1^{er} mai 2007 « *en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat sous tous ses aspects, et ce à la lumière de la séparation des pouvoirs* »⁵. Seule la responsabilité *civile* est en réalité visée sous cette déclaration radicale puisque l'article 144 de la Constitution vise uniquement les contestations portant sur des droits civils. Il faut préciser qu'un traitement particulier a déjà été réservé à l'Etat en matière de responsabilité pénale des personnes morales au moment de l'instauration de celle-ci en droit belge, à savoir par une loi du 4 mai 1999 ... idéalement située, pour notre propos, en fin de siècle ... et de millénaire!

2. Selon l'article 4, alinéa 5 du Code pénal, tel que rédigé en 1999, « *Ne peuvent pas être considérés comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'Etat fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise,*

les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale ». La doctrine n'a pas manqué de s'interroger sur la légitimité de cette liste⁶. D'abord parce qu'elle vise principalement des collectivités publiques. Ensuite parce qu'elle ne vise que certaines collectivités publiques.

Pour l'heure, les objections formulées n'ont convaincu ni la Cour d'arbitrage dans son contrôle de constitutionnalité ni le législateur lui-même de revoir sa copie.

S'agissant du législateur, un projet de loi modifiant la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales⁷ a été déposé à la Chambre des représentants le 19 février 2007 pour être frappé de caducité quelques semaines plus tard. Le projet est toutefois muet en ce qui concerne le champ d'application du dispositif. Il ne fait guère écho à la doctrine en général. Il serait indirectement le fruit des conclusions finales d'un groupe de travail composé de magistrats et de fonctionnaires du Service Public Fédéral de la Justice, initialement créé au cours de l'année 2000 en vue d'évaluer la loi⁸ et réinstauré sous la législature suivante afin d'étudier les aspects les plus problématiques de la loi et de formuler des propositions pour remédier aux problèmes existants⁹.

Avec le recul, il n'est pas étonnant que le gouvernement n'ait pas cru bon de projeter de revenir sur l'im-



⁴ Sur cet arrêt, v. la note de M.-F. RIGAUX parue dans ce même numéro.

⁵ M.B., 2 mai 2007.

⁶ Pour une synthèse du champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales et les difficultés que celui-ci pose, v. M. NIHOUL, « Le champ d'application », in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique. Une évaluation de la loi du 4 mai 1999 après cinq années d'application*, Bruxelles, La Charte, coll. Projucit, 2005, pp. 17 à 86. Le reproche a été plus largement formulé d'un « *phénomène de marée* » qui emporte avec elle d'autres groupements que les personnes morales *stricto sensu* et dépose en retour, sur les berges de l'immunité (de droit comme de fait), une catégorie privilégiée de personnes morales, en justifiant tout et son contraire par le principe d'égalité : l'on commence par traiter de la même manière les personnes physiques et les personnes morales pour éviter toute discrimination ... pour étendre ensuite le champ d'application de la loi à certains groupements de manière à éviter de discriminer les personnes morales par rapport à ces groupements ... avant de terminer par l'immunité d'une série de collectivités publiques ... dont on étend aussitôt la liste par souci d'égalité, bien entendu, même si le critère est imparfaitement rempli ... (*ibid.*, n° 6, p. 25). Ne sont pas visés par la liste, en particulier, les intercommunales, les collectivités publiques étrangères, une série de personnes morales de droit public non élues mais tout aussi essentielles à la démocratie (Banque nationale, Commission bancaire et financière, ordres professionnels, etc.). A l'inverse, ne sont pas visées par la responsabilité pénale, à défaut d'être des personnes morales, les associations de fait qui comprennent les syndicats ou partis politiques lorsqu'ils n'ont pas choisi une structure nantie de la personnalité juridique civile.

⁷ Doc. parl., Chambre, s.o. 2006-07, n° 51-2929/001 avec les deux avis du Conseil d'Etat rendus à son sujet.

⁸ V. ainsi I. HAMER et A. DELANNAY, *Responsabilité pénale des personnes morales. Première évaluation de l'application de la loi*, document dactylographié, Ministère de la Justice, Service de la politique criminelle, 2001, 44 p., cité in M. NIHOUL (dir.), *o.c.*, 2005, p. 3, note 6.

⁹ V. le projet, *o.c.*, p. 6.

munité pénale des collectivités publiques dès lors que la Cour d'arbitrage a donné à celle-ci sa bénédiction constitutionnelle à plusieurs reprises, en des termes constants. Encore récemment, dans l'arrêt n° 31/2007 du 21 février 2007 publié ci-avant¹⁰, la Cour a explicitement réaffirmé sa jurisprudence avant d'aborder la question précise qui lui était posée par le Tribunal correctionnel de Hasselt concernant l'exclusion de la wateringue de la liste des collectivités publiques contenue à l'article 5, alinéa 4 du Code pénal.

3. Après avoir rappelé de façon synthétique les principaux arguments avancés pour justifier l'immunité pénale des principales collectivités publiques (I), l'attention sera focalisée sur les collectivités oubliées par la faveur législative (II) et l'incroyable marge d'appréciation dont semble bénéficier le législateur en matière d'égalité entre autorités publiques (III). Comme si l'autorité publique était une réalité abstraite, déconnectée du citoyen dont le sort concret, sur le plan juridique, dépend pourtant toujours du régime de faveur reconnu ou non à celle-ci. La Cour d'arbitrage n'a pas semblé s'en émouvoir dans sa jurisprudence même lorsqu'elle était saisie sous cet angle précis. Du moins en matière d'immunité pénale des principales collectivités publiques car dans d'autres matières elle a fait montre d'une plus grande sensibilité. L'avenir nous dira si la Cour constitutionnelle - depuis la double révision constitutionnelle du 7 mai 2007 - suivra la Cour d'arbitrage dans cette voie.

I. L'immunité pénale des principales collectivités publiques

4. L'immunité pénale des « *principales* » collectivités publiques¹¹ n'est pas seulement consacrée par l'alinéa 4

de l'article 5 du Code pénal. Elle est aussi adéquatement justifiée dans les travaux préparatoires, selon la Cour d'arbitrage, celle-ci s'étant employée à la tâche difficile d'y épingler les principaux arguments à décharge dans deux arrêts successifs n° 128/2002 du 10 juillet 2002 et n° 8/2005 du 12 janvier 2005, tous deux rendus sur question préjudicielle¹².

Les deux affaires visaient pourtant des situations très différentes. Dans le premier cas, une s.p.r.l. poursuivie faisait valoir qu'elle exerçait une activité de brasserie et que des personnes morales de droit public pourraient être engagées dans des activités similaires sans risquer d'être poursuivies pénalement, en l'occurrence du chef d'infractions à la législation sociale. Après avoir stigmatisé sans nuance la différence entre collectivités publiques visées à l'article 5, alinéa 4 du Code pénal et personnes morales de droit public qui ne se distinguent des personnes morales de droit privé que par leur statut juridique et qui sont en principe, quant à elles, pénalement responsables, la Cour d'arbitrage fonde son « *visa pour l'immunité* » sur le critère législatif de l'organe principalement chargé d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, directement élu selon des règles démocratiques et soumis à un contrôle politique. Selon la Cour, « *Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique* » (B.7.5, deuxième paragraphe, seconde phrase)¹³.

Dans le second cas, un ingénieur fonctionnaire au service de la Région wallonne se voyait poursuivi pour avoir, par défaut de prévoyance ou de précaution, causé involontairement la mort d'une personne et des coups

¹⁰ V. aussi *T. Strafr.*, 2007, p. 181 et résumé P. DE HERT et J. MILLEN.

¹¹ Il serait en effet arbitraire d'exclure les wateringues des collectivités publiques « *traditionnelles* », dès lors que l'existence des wateringues est largement antérieure à la Constitution belge et est également observée en France et en Hollande, par exemple.

¹² Sur ces deux arrêts, l'on consultera utilement les contributions suivantes et les références que celles-ci mentionnent : M. NIHOUL, « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle constitutionnellement correcte ? », *R.D.P.C.*, 2003, pp. 799 à 839 ; du même auteur in M. NIHOUL (dir.), *o.c.*, 2005, n°s 7 à 10, pp. 26 à 31 et note 17 et « La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage », obs. sous C.A., n° 8/2005, 12 juillet 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 600 à 606.

¹³ A noter que l'utilisation de la procédure pénale belge pour susciter artificiellement un débat politique mettant en cause des personnalités étrangères - autre forme de détournement politique de procédure - a été mise en avant par la Cour d'arbitrage pour valider le principe du classement par le procureur fédéral d'affaires susceptibles d'être traitées devant une juridiction internationale ou devant un juge national indépendant et impartial dans le cadre de la loi de compétence universelle (C.A., n°62/2005, 23 mars 2005, B.7.7 ; C.A., n° 68/2005, 13 avril 2005, B.8.1).

et blessures à d'autres personnes, à la suite d'une expertise ayant mis en cause les caractéristiques techniques du revêtement d'une chaussée sur laquelle s'était déroulé un accident grave. Tant la Région wallonne - citée en qualité de civilement responsable - que son ingénieur soulevaient l'irrecevabilité de l'action pénale, devant le Tribunal de police de Verviers, en estimant que l'irresponsabilité pénale des personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4 du Code pénal s'étend aux personnes travaillant pour le compte d'une de ces personnes morales et qu'en décider autrement créerait une discrimination entre la personne physique travaillant pour une personne morale responsable pénalement et la personne physique travaillant pour une personne morale non responsable pénalement, puisque, en vertu de l'article 5, alinéa 2 du même code, la première pourrait échapper à une condamnation si elle a commis une faute moins grave que la personne morale pour qui elle travaille, ce qui n'est pas possible pour la seconde.

En effet, le législateur a instauré une cause d'excuse absolutoire à l'article 5, alinéa 2 du Code pénal pour celle des deux personnes qui a commis la faute la moins grave dans l'hypothèse où une infraction, qui n'a été commise ni sciemment ni volontairement, l'a été à la fois par une personne physique et par une personne morale. Cette cause exclusive de peine n'est cependant pas d'application en présence d'une personne morale de droit public immunisée par l'alinéa 4 de la même disposition puisque celle-ci ne peut pas être considérée

comme telle « *pour l'application du présent article* »¹⁴.

5. Selon la Cour, il n'est pas question de revenir sur la validité de l'immunité pénale de « *certaines personnes morales de droit public* » déjà tranchée dans l'arrêt n° 128/2002. En manière telle que la seconde espèce, pourtant très différente de la première, doit être tranchée à la lumière de cette immunité et que deux personnes qui travaillent toutes deux pour des personnes morales ne peuvent pas être comparées si l'une d'entre elles seulement est immunisée¹⁵...

« *L'incomparabilité* » est, dans ce cas-ci, un argument dogmatique et donc imparable puisqu'il coupe court à toute discussion comme à toute analyse *in concreto*. La Cour ne tient en effet nullement compte de la réalité concrète générée par la norme, mais uniquement de la norme elle-même qui semble justifier *a priori* tout ce qui en découle. « *L'incomparabilité* » permet surtout d'évacuer les questions dérangeantes¹⁶ qui apparaîtraient ultérieurement dans le raisonnement. Car il existe bien entendu des alternatives à l'immunité pure et simple sous l'angle de la proportionnalité ou de la balance concrète des intérêts privés et publics. Des alternatives plus respectueuses des droits de chacun¹⁷, telle la déclaration de culpabilité sans amendes, les autres peines prévoyant déjà une protection suffisante des intérêts publics en présence, à travers les notions de missions de service public ou personnes morales de droit public¹⁸. Un tel dispositif permettrait au fonction-



¹⁴ Pour la Cour, si le concours de responsabilités pénales (de *condamnations* pénales, en réalité, la cause d'excuse absolutoire dispensant seulement de la condamnation à une peine, non de la responsabilité pénale ou de l'imputabilité) de la personne physique et de la personne morale (pour le compte de laquelle la première a agi) est en principe exclu lorsque la même infraction n'a pas été commise sciemment et volontairement, « *La règle de non-cumul des responsabilités pénales de la personne physique et de la personne morale apparaît (...) comme le corollaire voulu par le législateur de l'instauration d'une responsabilité pénale des personnes morales. Cette règle de non-cumul de responsabilités est dépourvue de toute raison d'être lorsque la personne morale n'est pas responsable pénalement* » (B.6.2) en l'absence d'une dualité d'auteurs possibles (B.6.1).

¹⁵ « *La personne physique qui travaille pour une des personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, qui est poursuivie pour des infractions commises ni sciemment ni volontairement et qui ne peut bénéficier de la cause d'excuse absolutoire créée par l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, se trouve dans une situation qui ne permet pas de la comparer à la personne dont la situation est décrite en B.6.1. En effet, cette cause d'excuse absolutoire n'a de sens qu'en cas de concours de responsabilités, ce qui ne peut être le cas lorsque la personne physique est seule punissable en raison de l'irresponsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public prévue par l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, disposition jugée compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution par l'arrêt n° 128/2002 rappelé en B.6.3.* » (B.6.4).

¹⁶ Le même argument a été utilisé pour justifier l'absence d'effet rétroactif de la cause d'excuse : M. NIHOUL, *o.c.*, J.L.M.B., 2005, n° 4, p. 603 et les références citées note 12.

¹⁷ V. encore M. NIHOUL, *o.c.*, R.D.P.C., 2003, pp. 835 et 836 où sont évoquées des solutions procédurales, telles la réserve des poursuites au procureur général ou l'exclusion de la citation directe en présence de collectivités publiques, ou encore des solutions inspirées du droit comparé, telle l'immunité limitée à certaines autorités et aux missions de puissance publique en tant que notion contrôlable.

¹⁸ V. l'article 7bis du Code pénal et l'article 1412bis du Code judiciaire en cas de saisie trouvant sa source dans une amende.

naire, placé dans une situation comparable à celle de l'espèce, d'invoquer la cause d'excuse absolutoire comme s'il travaillait pour un employeur privé. Il en va de même, en quelque sorte, pour le politicien¹⁹.

Le constat est prégnant : la jurisprudence de la Cour d'arbitrage gagnerait en cohérence si elle dépassait le contenu de la loi pour apprécier également son application au regard des principes d'égalité et de non-discrimination²⁰, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme. En l'espèce, le débat aurait du porter, dans le détail, sur la situation concrète du travailleur et non sur la logique du système légal et jurisprudentiel qui conduit la Cour à recopier purement et simplement la motivation laconique de sa prime jurisprudence. D'autant que, pour mémoire, la Cour avait opéré, sur le principe de l'immunité politique, une « *balance d'avantages et inconvénients* » entre responsabilité et immunité pénale qui avait ceci d'extraordinaire qu'elle n'était absolument pas étayée, car après avoir affirmé qu'il y a plus d'inconvénients que d'avantages à « *étendre* » la responsabilité pénale des personnes morales, elle ne mentionne en effet qu'un seul et unique inconvénient ... et aucun avantage ce qui, en toute logique mathématique, il est vrai, fait pencher la balance du côté choisi ... mais sans aller au fond du problème, comme en témoigne l'adverbe « *notamment* » ... Quant à l'inconvénient déjà mentionné, visant à éviter que la responsabilité suscite des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique, il est permis de douter de sa réalité concrète en matière sociale ou de travaux qui

constituent pourtant des infractions courantes en pratique ... Entre un simple risque d'abus, purement hypothétique et hautement improbable dans les cas d'espèces jusqu'ici rencontrés, d'une part, et, d'autre part, une situation hautement probable, celle d'un fonctionnaire qui commet une infraction involontaire dans le cadre de ses fonctions, la Cour semble avoir fait son choix ... dans un contraste complet avec sa jurisprudence habituelle à propos des situations purement hypothétiques et non sans une certaine défiance à l'égard du juge du fond qui ne saurait apparemment pas conjurer les abus, à suivre la logique du raisonnement jusqu'au bout²¹.

Le citoyen, de son côté, ne résiste pas à penser qu'aux yeux du législateur et de la Cour, il paraît plus important de permettre la condamnation systématique des membres du personnel d'une collectivité publique qui commettraient de manière involontaire des infractions non intentionnelles dans le cadre de leurs fonctions²², au nom de l'immunité pénale de celle-ci, que de prévoir un système permettant de mettre tous les citoyens sur un pied d'égalité, à la limite sans remettre en cause ladite immunité, avec la déclaration de culpabilité sans amendes.

6. Certes, au fond, la solution préconisée revient à mettre en cause le principe même de la responsabilité collective instauré par la loi du 4 mai 1999. Mais elle réalise une sorte de compromis permettant de tenir compte de manière plus proportionnée de la nature politique de la collectivité mise en avant pour établir l'im-

¹⁹ La responsabilité politique joue en effet à l'égard du politicien, non de l'autorité publique. Ni la responsabilité politique ni l'immunité de la collectivité visée n'empêche par conséquent les plaintes ou poursuites à l'égard de la personne politique elle-même (sans préjudice des immunités parlementaire ou ministérielle de type procédural). Au contraire même, elle les favorise, en pratique, en surexposant celle-ci à la contestation pénale compte tenu de l'impossibilité de se prévaloir de la cause d'excuse absolutoire, le cas échéant. Le moyen utilisé pour poursuivre l'objectif fixé n'est donc pas adéquat. Il est même contre-productif. Il suscite régulièrement l'inquiétude des élus, spécialement au niveau local, puisqu'à défaut de pouvoir mettre en cause la commune, le bourgmestre, en particulier, est de plus en plus cité directement. Plus fondamentalement, le contrôle politique n'est nullement conçu pour censurer des faits incriminés ... ni d'ailleurs pour indemniser les victimes d'actes fautifs ... Il ne s'agit pas d'un mode de résolution des conflits. Il n'est pas exclu que l'immunité pénale, sous cet angle, viole la Constitution en ce qu'elle garantit la permanence des institutions parmi lesquelles figurent les cours et tribunaux, c'est-à-dire les juges civils et pénaux (articles 187 et 144 de la Constitution qui ne font cependant pas partie des normes de référence limitées auxquelles la Cour constitutionnelle peut avoir égard dans son contrôle, sauf à les combiner avec les articles 10 et 11 de la Constitution en établissant une atteinte discriminatoire à ces deux dispositions).

²⁰ Ce qu'elle semble faire parfois, au demeurant, comme il sera donné d'observer plus loin en matière d'égalité entre autorités publiques dans le domaine de la prescription.

²¹ A l'inverse, aucun combat politique ne saurait justifier la commission d'infractions qui serait en soi abusive.

²² Des infractions communes aux fonctionnaires et à la personne morale car il existe des incriminations spécifiques aux fonctionnaires liées aux fonctions qu'ils exercent et qui pourraient peut-être justifier un régime différencié.

munité de juridiction²³. Aménager la sanction de la collectivité publique permet en effet, au-delà de la simplicité du mécanisme, d'éviter l'outrage du privilège en conciliant à la fois le besoin de pérennité de l'Etat, le souci d'indemniser les victimes, le souci de traiter de manière identique l'ensemble du personnel des secteurs publics et privés du point de vue pénal, la nécessité d'assurer l'équilibre du système fédéral en ce qui concerne l'affectation des amendes et même la nécessité de responsabiliser les acteurs, pour une solution plus juste, en tous cas plus proportionnelle, à l'égard de toutes les personnes concernées.

En pratique, immuniser la collectivité publique revient à protéger la collectivité et non l'homme politique lui-même, que l'on expose au contraire davantage à la contestation pénale, en même temps que la fonction, au lieu de lui réserver un contrôle politique. A la différence du citoyen ordinaire fonctionnant dans le cadre d'une personne morale ordinaire, l'homme politique ne peut en effet pas s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la cause d'excuse absolutoire en cas de négligence et de faute plus grave dans le chef de la personne morale. Tel est également le cas, au demeurant, de tous les fonctionnaires et de l'ensemble du personnel concernés par les trois pouvoirs que cache en réalité chaque collectivité, alors qu'un seul pouvoir est normalement concerné par la mise en œuvre de la responsabilité politique : l'organe législatif ...

Dans ces conditions, l'on ne peut que s'étonner du contenu de l'arrêt n° 31/2007 du 21 février 2007 par lequel la Cour d'arbitrage confirme simplement pour la troisième fois son intention de protéger l'immunité pénale des collectivités publiques. Tout en précisant que la discrimination plusieurs fois dénoncée pourrait trouver une solution partielle dans l'adoption du projet de loi tel que déposé avant la fin de la précédente législature et qui consistait à supprimer la cause d'excuse absolutoire pour tout le monde, le sort des autres personnes physiques se rapprochant sur ce point de celui du

politicien ou du fonctionnaire²⁴. Si ce n'est que jamais ceux-ci n'auront à leur côté, au procès, la personne morale pour laquelle ils travaillent. Ce qui peut s'avérer décisif dans le cadre d'un procès pénal.

II. Les exceptions à l'immunité pénale des principales collectivités publiques

7. Le Code pénal a fait choix, au moment d'exonérer certaines collectivités publiques de la responsabilité pénale des personnes morales, de dresser une liste limitative de collectivités « élues » pour bénéficier de cette sorte de présomption irréfragable - « *Ne peuvent pas être considérés comme des personnes morales responsables pénalement* », stipule le texte - collée à ce qui s'apparentait déjà à une fiction - l'affirmation légale selon laquelle « *Toute personne morale est pénalement responsable* » et donc susceptible de commettre une infraction avec l'élément moral requis -.

Les discussions n'ont pas été longues, en 1999, pour savoir si le législateur n'avait pas oublié l'une ou l'autre collectivité. Le cas de la wateringue ne semble pas avoir été évoqué. La Cour d'arbitrage l'aurait d'ailleurs mentionné, le cas échéant.

8. La loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues définit les wateringues, en son article 1^{er}, comme « *des administrations publiques instituées, en dehors des zones poldériennes, en vue de la réalisation et du maintien, dans les limites de leur circonscription territoriale, d'un régime des eaux favorable à l'agriculture et à l'hygiène, ainsi que pour la défense des terres contre les inondations* ». Elles ont remplacé toutes les administrations, associations ou collectivités qui existaient pour cet objet précis au moment de l'entrée en vigueur de la loi en dehors d'une zone poldérienne²⁵. En Région flamande, la tâche des wateringues vise désormais, « *à l'intérieur*



²³ Il a en effet été montré qu'aucun argument, même traditionnel, ne justifie une immunité complète des collectivités publiques : ni la séparation des pouvoirs, ni la continuité du service public, ni le critère de l'organe élu ou de la responsabilité politique exclusive de la responsabilité pénale, pas même des arguments moins forts comme celui de l'incompatibilité de l'intervention de l'autorité en tant que procureur et accusé à la fois, celui de la perte de confiance en l'autorité générée dans la population par la responsabilité ou même celui de l'impossibilité de se condamner soi-même ou l'inanité de se payer une amende à soi-même ... V. M. NIHOUL, *o.c.*, R.D.P.C., 2003, pp. 822 à 833 et n° 10, p. 31.

²⁴ Quant à la victime, elle ne voit pas ses chances d'être indemnisée augmenter puisque les principales collectivités publiques continuent à être immunisées. Tel est le cas, en revanche, de la victime d'une personne morale ordinaire compte tenu du cumul désormais généralisé des responsabilités dans le chef des personnes physiques et morales impliquées. Sauf à considérer l'interférence possible des amendes – *a priori* lourdes s'agissant des personnes morales – avec la solvabilité des protagonistes ...

²⁵ Article 2 de la loi.

des limites de leur zone territoriale, la réalisation des objectifs et le respect des principes visés aux articles 4, 5 et 6 du décret relatif à la politique intégrale de l'eau et l'exécution du plan de gestion du sous-bassin hydrographique »²⁶.

Dès lors que le cas de la wateringue ne semble pas avoir été évoqué, il faut convenir de ce que la discussion offerte par la Cour d'arbitrage, dans son arrêt n° 31/2007, est originale et ne repose en rien sur la volonté expresse du législateur. Celle-ci est extrapolée de manière à garantir la cohérence du système au départ du seul constat selon lequel le législateur a omis – mais peut-être aussi oublié ? – la collectivité concernée dans l'énumération de l'article 5, alinéa 4 du Code pénal²⁷. Le cas échéant, il appartient désormais à celui-ci de réagir s'il souhaite rectifier le tir²⁸.

9. La Cour d'arbitrage avant trois arguments pour justifier l'oubli de la wateringue dans la liste des collectivités pénalement immunisées.

9.1. Premier argument : le critère de l'organe démocratiquement élu est certes requis et en l'occurrence rempli, mais l'exigence serait en réalité plus subtile qu'annoncé dans la prime jurisprudence et ... dans la législation ... Car « *Bien que les organes des wateringues présentent quelques caractéristiques qu'on retrouve dans les organes démocratiquement élus, leur caractère démocratique est différent de celui des organes de l'Etat fédéral, des régions, des communautés, des provinces, de l'agglomération bruxelloise, des communes, des organes territoriaux intracommunaux, de la Commission communautaire française, de la Commission communautaire flamande et de la Commission communautaire commune* » (B.7.1).

Autrement dit, il ne suffit pas de présenter quelques caractéristiques communes aux organes démocratiquement élus pour bénéficier de l'immunité. Encore faut-il

avoir le « *caractère démocratique* » approprié, bien que nulle part énoncé, ce qui n'est pas sans poser problème au regard des exigences de prévisibilité du droit pénal. De surcroît, le caractère requis est commun aux personnes morales visées à l'article 5, alinéa 4 du Code pénal, mais pas à toutes, en réalité : dans son énumération, la Cour omet en effet volontairement deux collectivités parmi celles reprises dans le texte : les zones pluricomunales et les centres public d'assistance sociale. La Cour y revient d'ailleurs ultérieurement dans son raisonnement comparatif, consciente qu'il faut comparer des réalités comparables ... C'est l'objet du deuxième argument examiné ci-dessous, après avoir tout de même précisé le caractère démocratique approprié requis par la Cour pour bénéficier de l'immunité.

Selon la Cour, ce caractère démocratique doit consister dans des élections à l'occasion desquelles les citoyens doivent pouvoir manifester leur opinion au sujet de la politique menée et proposée par les représentants et les administrateurs. Car à défaut, la responsabilité pénale de la collectivité ne risque pas de susciter des plaintes dont l'objet réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique. Elle ne présenterait pas, autrement dit, l'inconvénient majeur mis en avant dans la jurisprudence constitutionnelle constante pour justifier l'immunité.

C'est que, selon la Cour, « *L'assemblée générale d'une wateringue est exclusivement composée de personnes ayant certains droits réels dans la circonscription de la wateringue. En principe, seuls les adhérités titulaires de droits réels sur des terres d'une superficie déterminée (les « grands adhérités ») ont droit à une voix personnelle dans cette assemblée* ». De la sorte, « *La composition de l'assemblée n'est fixée ni directement ni indirectement sur la base d'élections, à l'occasion desquelles les citoyens peuvent manifester leur opinion au sujet de la politique menée et proposée par les représentants et les administrateurs* ». En conséquence, « *La responsabilité pénale des*

²⁶ Arrêt commenté, B.5. La version française de l'article 78, §1^{er} du décret de la Région flamande du 18 juillet 2003 relatif à la politique intégrée de l'eau laissait tellement à désirer que la Cour d'arbitrage, dans son arrêt, l'a formulée de la sorte, c'est-à-dire différemment du texte même.

²⁷ Mais à vrai dire, la Cour avait déjà extrapolé la volonté du législateur pour justifier l'immunité dans ses précédents arrêts. Elle avait déduit de l'énumération légale la particularité des personnes morales visées « *d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique* ». En conséquence de quoi « *Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique* » (B.4.4, adr).

²⁸ Sous réserve d'un revirement de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage ou d'une éventuelle solution par le biais du droit international. A cet égard, voir *infra*, conclusion.

wateringues ne risque donc pas de susciter des plaintes dont l'objet réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique » (B.7.2).

Aux yeux de la Cour d'arbitrage, autrement dit, toute forme de représentation ou d'élection n'est pas nécessairement bonne pour satisfaire au critère d'un organe démocratiquement élu ...

Pourtant, l'examen de la législation applicable montre que l'élection n'est pas absente de la wateringue, spécialement en ce qui concerne la direction, et que, sous cet angle, celle-ci peut être comparée à la commune à plusieurs égards, au-delà d'une « législature » de six ans. Ainsi, l'assemblée générale nomme en principe les membres de la direction, au scrutin secret, parmi les adhérents. Elle désigne parmi les membres de la direction et par deux votes distincts, le président et le vice-président (article 32) ²⁹.

Certes, l'assemblée générale n'est, quant à elle, pas véritablement élue directement. Mais l'élection directe à l'eupéenne est-elle la seule à être démocratique au point de disqualifier toute autre, ce qui reviendrait à critiquer durement la plupart des élections organisées par exemple aux Etats-Unis ? Dans certains pays du monde, l'assemblée locale est composée de l'ensemble des habitants du territoire considéré, ce que revient en réalité à établir la loi du 5 juillet 1956, avec une sorte de critère de représentativité ³⁰ au demeurant avalisé par la Cour en matière syndicale, c'est-à-dire dans un secteur où là des combats politiques doivent réellement être menés !

En outre, l'intérêt - général - de la wateringue est d'ordre rural et patrimonial, ce qui explique en réalité pourquoi la wateringue est réservée aux propriétaires : depuis des siècles, les travaux publics de sa compétence sont destinés à assurer un niveau des eaux favorable à l'agriculture et à l'hygiène et protéger les terres contre les inondations. Néanmoins, la wateringue se définit couramment comme « une administration publique décentralisée et démocratique gérée par des propriétaires » ³¹.

Ne peut-il être observé, enfin, que la Cour d'arbitrage, par son raisonnement, semble limiter aux seules élections la possibilité pour le citoyen de mener les combats ... qu'on lui interdit en conséquence de mener par la voie pénale de façon permanente ? Les élections seraient en effet « l'occasion », pour les citoyens, de manifester leur opinion au sujet de la politique menée (pour le passé) et proposée (pour le futur). De la sorte, la Cour souligne en définitive, par le contraste des propos tenus avec la réalité, le peu de consistance de la responsabilité politique dans nos participations, pourtant brandie pour immuniser les collectivités de toute responsabilité pénale, sans même s'interroger sur le caractère disproportionné de cette immunité. Le même genre d'observation a déjà été fait au sujet d'une immunité à la source de nombreux désavantages pour les personnes, mais néanmoins accordée sur le fondement d'un simple risque. Manifestement, l'effet pratique de la législation n'est pas pris en compte par l'évaluation abstraite à laquelle se confine la Cour d'arbitrage, y compris dans les idées toutes faites avancées pour justifier l'injustifiable et qui, de la sorte, s'apparentent à des idées préconçues.

9.2. Deuxième argument qui s'apparente à un contre argument, en réalité, destiné à justifier pourquoi certaines collectivités sont immunisées malgré qu'elles ne présentent pas non plus le caractère électif requis. Les zones pluricommunales et « certains » ³² centres public d'action sociale ne disposent en effet pas d'un « organe élu directement ».

Qu'à cela ne tienne, selon la Cour, l'élection de ces organes est partiellement indirecte puisque les conseils de C.P.A.S. et de police comportent des représentants désignés par les conseils communaux. La composition des organes en question est en effet « indirectement déterminée, entre autres, par les élections organisées par les conseils communaux ». Or, à l'occasion de ces élections directes, « les citoyens peuvent aussi s'exprimer au sujet de la politique menée par les zones pluricommunales et les centres publics d'action sociale » (B.7.3, §3) ... La



²⁹ Ceux qui seraient choisis parmi les adhérents n'ayant pas le droit de vote acquièrent ce droit en vertu de leur nomination.

³⁰ Rem. ainsi l'article 15 (D67) : « Le règlement de chaque wateringue doit assurer, dans une juste mesure, la représentation des petites propriétés. Il doit, au moins, garantir le droit de vote à chaque adhérent qui possède dans la circonscription de la wateringue des terres d'une superficie de (...). Les propriétaires n'ayant pas isolément droit de vote peuvent grouper leurs propriétés pour atteindre le minimum fixé par le règlement, en vue d'envoyer collectivement un délégué à l'assemblée générale. (...) ».

³¹ Voir notamment le site de l'Association des wateringues wallonnes, affiliée à l'Union Européenne des Associations de Gestion de l'Eau qui gèrent 35 millions d'hectares appartenant à 22 millions de propriétaires dans les régions humides en Allemagne, Angleterre, Belgique, France, Hollande et Italie : <http://environnement.wallonie.be/aww> (8 juin 2007).

³² La plupart, en réalité, leur conseil n'étant élu directement que « dans plusieurs communes à facilités ».

Cour prend-t-elle vraiment *ces* désirs pour la réalité ?

La justification est pour le moins « *tirée par les cheveux* » et pourrait être invoquée en faveur de l'intercommunale, voire par nombre d'autres personnes morales dont la composition des instances dirigeantes évolue indirectement selon les élections communales.

Pour parer à cette critique, la Cour a pris soin d'invoquer, préalablement dans le raisonnement, un nouveau concept juridique, celui de « *l'immunité par extension ou assimilation* ». En effet, si la plupart des C.P.A.S. doivent être immunisés, selon la Cour, c'est parce que certains C.P.A.S. dans plusieurs communes à facilités et les zones unicomunales - également minoritaires sur le terrain par rapport aux zones pluricomunales - l'ont été sur base du critère de l'organe élu. La formule est sibylline : « *le législateur a cependant raisonnablement pu considérer qu'il n'était pas indiqué d'établir une distinction* » entre les C.P.A.S. « *Par analogie, le législateur a raisonnablement pu estimer que les zones pluricomunales devaient être exclues de la responsabilité pénale des personnes morales* ». Le cœur de la justification vise l'exercice de mêmes compétences : « *étant donné que leurs organes exercent les mêmes compétences que les organes des communes dans les zones unicomunales* » (B.7.3, §2).

En termes de proportionnalité, à nouveau, il est pour le moins étonnant de voir une catégorie de personnes entièrement immunisée alors même que le critère de justification n'est pertinent que dans une minorité de cas³³ et qu'un critère de substitution inadéquat est choisi à cette fin (les compétences) dès lors qu'il était jusque là présenté comme irrelevant dans d'autres cas.

Le caractère politique desdites missions ne manque pas non plus d'étonner une nouvelle fois ... alors précisément qu'aborder l'immunité sous l'angle des compétences n'est pas inintéressant. Rappelons que c'est une wateringue, en l'occurrence, qui était à l'origine de la question préjudicielle au sujet de travaux effectués aux cours d'eau situés dans la zone territoriale pour laquelle elle était compétente et dont il semble qu'ils aient été réalisés en contradiction avec les dispositions décrétales

relatives à la conservation de la nature et au milieu naturel. Certes, l'immunité pénale paraît incongrue en matière de travaux publics, tant les infractions en la matière ne sont pas susceptibles de revêtir un caractère politique, raison pour laquelle l'arrêt doit être salué quant à son résultat. Mais l'occasion est donnée, en même temps, d'illustrer l'abus qu'il y a d'immuniser pénalement une collectivité en toutes matières, y compris dans celles qui ne sont pas susceptibles d'emporter des enjeux politiques, pour des raisons pourtant inhérentes à la responsabilité politique, ce qui était le cas dans les deux arrêts précédents.

La Cour d'arbitrage ne raisonne au demeurant pas sans contradiction sur ce point dès lors qu'elle utilise le critère des compétences dans le sens contraire, lorsqu'elle réduit la wateringue, pour mieux justifier son oubli, à des activités différentes de celles des personnes morales immunisées « *qui sont toutes chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative* » (B.8.1, §1^{er}). A savoir, essentiellement, développer, gérer et restaurer les systèmes d'eau³⁴. Il s'agit pourtant, en l'occurrence, d'une activité immunisée lorsqu'elle est menée par une commune ... ou un particulier ...

Il en va de même lorsque la Cour réduit le caractère démocratique de la wateringue à l'absence de risque de voir naître des plaintes dont l'objet réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique³⁵. Une démarche réaliste devrait conduire à apprécier ce risque *in concreto* pour chaque type de compétences. Une démarche pragmatique conduit, en outre, à s'interroger sur la différence, sous cet angle, entre l'action sociale et les travaux publics et les raisons pour lesquelles, s'il en existe, des collectivités spécialisées sont traitées différemment. Une démarche rationnelle conduit enfin à observer que l'immunité des collectivités publiques n'est anodine ni en matière de travaux ni en matière sociale, comme le révèlent les statistiques en la matière³⁶. La responsabilité pénale des personnes morales est principalement appliquée dans ces catégories d'infractions³⁷ ...

En somme, le législateur ne gagnerait-il pas en co-

³³ Ce qui paraît incompatible même avec le principe d'immunité par extension ou assimilation.

³⁴ « *Les wateringues sont plus précisément chargées de développer, de gérer et de restaurer les systèmes d'eau et en vue de l'utilisation polyvalente, compte tenu des besoins des générations actuelles et futures* » (B.5).

³⁵ Voir ci-dessus.

³⁶ V. I. HAMER, C. RENARD et W. DE PAUW, « L'analyse statistique des arrêts et jugements rendus », in M. NIHOUL (dir.), *o.c.*, 2005, pp. 277 et s.

³⁷ Catégories d'infractions qui, déjà en amont dans le raisonnement, n'ont rien à voir avec la criminalité organisée pourtant invoquée pour la justifier ...

hérence en limitant au moins l'immunité à une liste précise d'infractions pour lesquelles il est avéré que celles-ci présentent des inconvénients politiques voire démocratiques ou qu'elles relèvent d'une mission politique essentielle ou par nature ? Autrement, l'argument politique revient à brandir l'argument péremptoire - c'est-à-dire non contrôlable - de la séparation des pouvoirs dont l'origine, faut-il le rappeler, nous reporte au temps de la monarchie absolue de droit divin.

A titre de comparaison, l'immunité parlementaire – pourtant de type procédurale – fait, quant à elle, la distinction entre les infractions contenues dans un vote émis dans l'exercice normal des fonctions ou dans une opinion exprimée à cette occasion et celles qui ne le sont pas³⁸, ce qui exclut par exemple les faits de vol, de coups et blessures mais aussi de corruption ou de faux en écriture. En cas de demande de levée de l'immunité en période de session parlementaire, en outre, il revient à l'assemblée de vérifier si la poursuite est vraisemblable et si elle n'est pas inspirée par un mobile politique ou partisan. L'immunité ministérielle, quant à elle, porte plus largement sur les infractions contenues dans des opinions émises dans l'exercice des fonctions³⁹.

Bref, ce qui choque au plus haut point, dans l'immunité pénale des principales collectivités publiques, c'est son caractère absolu sous le bénéfice d'une sorte de présomption irréfragable. Pourtant, « *un système de protection doit envisager la pire hypothèse* »⁴⁰ : celle de l'arbitraire comme celle de la commission d'infractions ...

9.3. Troisième argument, également sous forme d'explication. La wateringue avait mentionné, en faveur de la reconnaissance d'une véritable collectivité politique dans son chef, la circonstance qu'elle peut, dans certaines limites, établir des redevances ayant le caractère d'impôts et réprimer les manquements à leurs règlements. Selon la Cour, toutefois, cette circonstance « *n'emporte pas, en soi, une obligation pour le législateur d'étendre aux wateringues l'exception inscrite à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal* » (B.8, §2). Il est exact que la perception d'impôts n'est qu'un critère parmi d'autres permettant d'identifier l'existence d'une collectivité politique.

9.4. En somme, *la wateringue a tout d'une collectivité publique, mais pas assez pour être considérée comme une grande*. L'analyse de la loi du 5 juillet 1956 confirme pourtant de manière impressionnante la première partie de la proposition. En Région wallonne, elle figure désormais dans le Code de l'Environnement constituant le Code de l'Eau^{41 42}, aux articles D55 et suivants. La wateringue est une « *administration publique* » (articles 1^{er} et D55) et point une simple « *personne morale de droit public* »⁴³, certes nantie de la personnalité civile ou juridique (articles 11 et D64). Ses compétences sont en effet limitées⁴⁴, mais néanmoins considérables et propres à une véritable collectivité politique⁴⁵ : l'assemblée générale élabore, dans le respect de la légalité, des règlements de police pour la conservation des digues, des voies d'écoulement et d'irrigation,



³⁸ V. l'article 58 de la Constitution.

³⁹ V. l'article 101, alinéa 2 de la Constitution.

⁴⁰ M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 191, p. 230.

⁴¹ La loi du 5 juillet 1956 a donc été abrogée par l'article 2, 1° du décret wallon du 27 mai 2004 relatif au Livre II du Code de l'Environnement constituant le Code de l'Eau. Côté flamand, la loi a été modifiée par le décret de la Région flamande du 18 juillet 2003 relatif à la politique intégrée de l'eau. La wateringue est aujourd'hui un acteur clé pour l'exécution de la politique communautaire européenne dans le domaine de l'eau et Natura 2000, au même titre que les régions, provinces et communes.

⁴² Le fait de ne pas figurer dans le Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation ne signifie nullement qu'il ne s'agit pas d'une collectivité politique au risque de compromettre les C.P.A.S. et de créer des difficultés avec l'intercommunale, quant à elle non visée par le texte ...

⁴³ Comp. arrêt commenté, B.5.

⁴⁴ Mais ne sera-ce pas bientôt le sort de toute collectivité locale dès lors que l'idée paraît aujourd'hui faire son chemin de dresser une liste des compétences locales ou en tous cas d'exclure formellement certaines collectivités de certaines compétences. V. sur ce point M. NIHOUL, « La protection juridique de l'autonomie locale par la Cour constitutionnelle en Belgique », *Mélanges Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, à paraître.

⁴⁵ Pour F. DELPÉRÉE, la « *collectivité politique territoriale* » réunit trois critères : une personnalité juridique particulière nantie de compétences propres et d'institutions ou autorités politiques librement données (*Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 303, p. 307). La décentralisation politique se distinguerait de la décentralisation administrative par un

des chemins, des ouvrages d'art et de leurs dépendances qui paraissent au moniteur et elle peut ériger en contraventions les infractions aux dispositions de ces règlements ⁴⁶ (articles 21, b et 23 et D73,2° et D75) ; une véritable tutelle administrative est prévue (articles 25 à 28 et D77 à D80) ; la wateringue dispose de fonctionnaires sous statut : un receveur-greffier, des gardes, des éclusiers et d'autres membres du personnel (articles 50 à 64 et D102 à D116) ; le président, les gardes et éclusiers ou, à défaut, le greffier-receveur constate, dans des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire, les infractions prévues par ladite loi, ses arrêtés d'exécution ou le règlement de police de la wateringue (articles 47 et 63, alinéa 1^{er} et D99 et D115) ; des règles de prescription particulières sont prévues en matière de recouvrement des impôts, frais et intérêts et de restitution de somme perçue indûment (articles 77 à 79 et D129 à D131) ; les wateringues peuvent s'associer en vue de leur défense commune ou pour l'exécution

de travaux dans leur intérêt commun (articles 10 et 11 et D63 et D64).

La doctrine elle-même, soutenue par la jurisprudence, qualifie parfois juridiquement la wateringue de « *corps administratif investi d'une autorité d'ordre politique* » ⁴⁷. Son existence est au demeurant consacrée dans la Constitution même, à l'article 173, selon lequel « *Hors les provinces, les polders et wateringues et les cas formellement exceptés par la loi, le décret et les règles visées à l'article 134, aucune rétribution ne peut être exigée des citoyens qu'à titre d'impôt au profit de l'Etat, de la communauté, de la région, de l'agglomération, de la fédération de communes ou de la commune* ». Quant à la loi du 5 juillet 1956 réformant les wateringues, dont les principes ont été conservés tant en Région wallonne qu'en Région flamande, l'un de ses objectifs principaux visait précisément le caractère démocratique de ces « *administrations locales* » organisées par la loi à travers la



fondement constitutionnel, une assise démocratique (via l'élection et la publicité) et la prise en charge d'un intérêt (F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 219, n° 323).

⁴⁶ L'article 23, alinéa 3 (D75, alinéa 2) confère en outre expressément le privilège du préalable et de l'exécution d'office pour la réparation de l'infraction. V. M. NIHOUL, *o.c.*, 2001, n° 460, pp. 577 et 578.

⁴⁷ M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1950, n° 360, p. 493 : à ce titre, elle décide et exécute des travaux, établit des contributions, procède à des expropriations pour cause d'utilité publique. Quant à l'association poldérienne, elle est une « *institution politique chargée d'une mission d'intérêt général* » (n° 359, p. 491). Rapp. O. ORBAN, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Dewit, 1909, n° 129, p. 165 : il convient d'assimiler les administrations des polders et wateringues aux administrations publiques communales parmi les principaux pouvoirs administratifs ou « *institutions publiques, vraiment et purement officielles* » dont « *Une seule mérite la qualification de politique : l'Etat* » (ressort territorial, individualité juridique, autorité propre par la Constitution et indépendance relative qui en fait de vrais pouvoirs autonomes) ; A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1966, n° 43, p. 47 et pp. 434 à 436, n°s 478, 7° et 479 : des « *services publics organiques* » ou « *administrations publiques* », non des établissements publics. Le caractère de service public spécialisé est davantage souligné par d'autres auteurs : P. ERRERA, *Traité de droit public belge. Droit constitutionnel - droit administratif*, 2^e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, § 65, p. 108 et p. 693, § 459 ; L. MOUREAU, *Cours de droit administratif*, Liège, Desoer, 1935, p. 139 ; M. SOMERHAUSEN, *Droit administratif*, 4^e éd., Bruxelles, P.U.B., 1966, p. 182 : un établissement public communal ; P. WIGNY, *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1978, p. 80, n° 36 ; F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *o.c.*, 1998, p. 78, n° 27 (un service communal, à l'instar du C.P.A.S. et de la fabrique d'église) et p. 219, n° 323 (une administration décentralisée - mais en fin de compte particulière puisqu'elle a un fondement constitutionnel et démocratique -).

Comp. A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, 11^e éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1989, n° 55, p. 61 et A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het belgisch administratief recht*, 16^e éd., Bruxelles, Kluwer rechtswetenschappen, 2002, n° 60, p. 81 (étudié plus loin, resp. n° 534 ou 765 et s. - sous la décentralisation territoriale au titre d'institutions publiques parmi les plus anciennes du pays) ; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 162 : des organismes créés par la décentralisation (l'un des premiers services publics) : « *La lutte est menée en commun. Les intéressés - titulaires de droits réels sur les fonds menacés - s'assemblent. Des pouvoirs leur échoient dans les assemblées qu'ils forment : celui de lever des contributions à charge de leurs membres ; celui d'investir par l'élection, leurs organes chargés de la gestion et de la direction de l'entreprise, sous le bénéfice de prérogatives d'autorité que la loi leur accorde* » (adr) ; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 256, n° 110 : des établissements ou services publics communaux au même titre que les C.P.A.S. ou les fabriques d'église.

représentation des petites propriétés ⁴⁸.

Au-delà de ces indices dont le faisceau est pour le moins troublant - et que l'on peut retrouver au demeurant en examinant les polders voire les fabriques d'église -, l'argumentation imaginée par la Cour pour soutenir le choix posé par le législateur n'est guère convaincante. Elle n'est en tous cas pas cohérente dès lors qu'elle revient à tronquer l'exigence d'un caractère démocratique et se fonde sur les compétences matérielles pour choisir, quant ça l'arrange et sans aucune relevance politique concrète, c'est-à-dire de façon arbitraire, les catégories de collectivités « *élues* » pour bénéficier de l'immunité. Le contrôle de conformité aux principes d'égalité et de non-discrimination s'accommode difficilement de raisonnements fondés sur l'abstrait et la présomption.

III. L'égalité entre autorités publiques

10. La Cour y fait directement allusion au sujet des redevances : la question pratique posée derrière l'égalité des autorités publiques, revient à déterminer si oui ou

non une obligation existe pour le législateur de façonner une autorité de telle ou telle autre manière ; de limiter, autrement dit, « *l'autonomie constitutive* » ou organique du législateur. Ce qui explique probablement pourquoi la Cour fait preuve d'une grande mansuétude en la matière, comparé à d'autres domaines du droit, comme si le législateur disposait à ce propos d'une marge d'appréciation sans limites ou presque, sur un fond de jurisprudence néanmoins contrastée⁴⁹.

A. En matière de prescription

11. En matière de prescription des créances à charge de l'Etat, par exemple⁵⁰, la Cour a fondamentalement considéré que les articles 10 et 11 de la Constitution n'impliquent pas, selon elle, que le législateur doive déroger aux règles de droit commun à l'égard de toutes les autorités administratives⁵¹ comme elle l'a fait jusqu'ici⁵² par la loi du 6 février 1970 relative à la prescription des créances à charge ou au profit de l'Etat et des provinces qui figure, depuis 1991 et pour quelques années encore, selon toute vraisemblance, dans l'arrêté royal du 17 juillet 1991 portant coordination des lois sur la comptabilité de l'Etat.



⁴⁸ Exposé des motifs, *Pasin.*, 1956, p. 18. V. aussi discussion générale au Sénat, *ibid.*, pp. 606, 608, 629 et 633 et à la Chambre pp. 635 et 638. Rem. Rapport de la Commission au Sénat, p. 588 : « *La fixation d'un minimum uniforme de propriété pourrait avoir pour effet dans certains polders ou wateringues, d'exclure de la participation à l'administration, de petits propriétaires auxquels il est juste et nécessaire d'accorder une influence et un droit de contrôle. D'autre part, si le droit de vote doit être accordé à la propriété par égard à l'intérêt qu'elle représente, il est également juste et nécessaire de proportionner la représentation de la grande propriété à l'importance de son intérêt à une bonne administration* ». Adde les travaux préparatoires des deux lois du 3 juin 1957, l'une relative aux polders, l'autre complétant la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues, *Pasin.*, 1957, pp. 310 et 312 (« *une deuxième administration communale* »), 343, 348 et 354. Rem. p. 349 : « *le polder sera géré par une administration constituée sur une base démocratique, soumise au contrôle et à l'avis des administrations communales* ».

⁴⁹ En matière d'égalité entre autorités publiques, v. en effet les exemples contrastés cités en note 14 in M. NIHOUL, « A propos de l'inégalité des autorités publiques en matière de prescription », note sous C.A., n° 106/2006, 21 juin 2006, *C.D.P.K.*, 2006, n° 3, p. 709.

⁵⁰ A noter que les articles 77 à 79 de la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues prévoit un délai de prescription raccourci de deux ans en matière de recouvrement des impôts, frais et intérêts et de restitution de somme perçue indûment ...

⁵¹ M. NIHOUL, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2006, pp. 705 à 713 et la jurisprudence citée. Il n'y aurait donc pas nécessairement d'égalité en matière de prescription privilégiée. Mais la jurisprudence gagnerait en cohérence si elle privilégiait une appréciation concrète des critères de distinction retenus dans les travaux préparatoires pour justifier le traitement distinct des débiteurs publics (plus largement ceux investis d'un service public), à savoir le volume de dépenses (par an), l'appareil administratif (lourdeur et complexité), le volume de documents et d'archives, l'obligation de clôturer les comptes dans un délai raisonnable ou à une époque déterminée, la soumission ou non au contrôle de la Cour des comptes ou d'une autre institution. Tel n'a pas été le cas en ce qui concerne les organismes d'intérêt public de catégorie B au sens de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public à propos desquels la Cour a reconnu que la prescription quinquennale des créances à charge de

La question est importante dès lors qu'elle se rapporte, comme en matière d'immunité pénale, à une dérogation favorable par rapport au droit commun⁵³. Mais *a priori* aucune limite n'est fixée par la Constitution à l'amplitude potentielle de l'égalité entre les autorités publiques, susceptible de toucher l'institutionnel comme les prérogatives et compétences. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle gagnerait en cohé-

rence si elle tenait compte, à tout le moins, de catégories à cet égard, ou encore d'intérêts jugés essentiels telle la protection juridique du citoyen.

Les collectivités présentent en effet différentes catégories - des « *groupes configurés de manière identique* » selon tel ou tel angle - au sein desquelles une différence devrait être moins facilement justifiée de la part d'un même législateur⁵⁴.

ceux-ci était parfaitement envisageable, « *mais cette considération n'est pas de nature à mettre en cause la constitutionnalité des dispositions litigieuses. En effet, les articles 10 et 11 de la Constitution n'impliquent pas que le législateur doive déroger aux règles de prescription du droit commun à l'égard de toutes les autorités administratives. Il importe peu à cet égard que ces autorités soient des pouvoirs locaux ou des organismes issus de la décentralisation par services, comme les organismes d'intérêt public de catégorie B. Même si le budget de ces organismes est, à certains égards, lié au budget de l'Etat, des communautés ou des régions, il n'y a pas lieu de considérer que les motifs mentionnés en B.4 obligent le législateur à soumettre ces organismes au délai de prescription quinquennale* » (C.A., n° 106/2006, 21 juin 2006, B.5). V. déjà en ce qui concerne les communes, C.P.A.S. et associations intercommunales non visés par la prescription légale quinquennale : C.A., n° 1/2004, 14 janvier 2004, sp. B.5 ; C.A., n° 86/2004, 12 mai 2004, B.5 et B.6 (arrêt de réponse immédiate) ; C.A., n° 127/2004, 7 juillet 2004, sp. B.5 (arrêt de réponse immédiate) ; C.A., n° 165/2004, 28 octobre 2004, sp. B.5 ; C.A., n° 170/2004, 28 octobre 2004, sp. B.5 (arrêt de réponse immédiate) (seules les deux premières phrases figurent dans ces arrêts).

⁵² Une réforme dont l'entrée en vigueur est sans cesse reportée vient en effet mettre un terme à la prescription quinquennale en faveur de l'Etat fédéral et des communautés et régions (mais non des provinces ...). V. la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral et la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes.

⁵³ La situation contraire peut se présenter. V. ainsi C.A., n° 88/2007, 20 juin 2007, arrêt dans lequel la Cour constitutionnelle valide l'interprétation de l'article 2272, alinéa 2 du Code civil selon laquelle le délai de prescription raccourci à un an est susceptible de s'appliquer aux actions d'une entreprise publique autonome comme Belgacom, selon la nature et l'objet de l'action, dès lors que l'article 8 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques qualifie les actes d'une entreprise publique autonome d'actes de commerce. En effet, la disposition en cause peut être interprétée en ce sens qu'elle s'applique aux actions d'une entreprise publique autonome pour la fourniture de « *marchandises* » aux particuliers non marchands, au sens de l'article 2272, alinéa 2 du Code civil, sans créer une différence de traitement (B.8). Tel n'est pas le cas de l'interprétation inverse, par contre, qui crée une différence de traitement non justifiée. Car si le critère de distinction fondé sur la qualité du créancier, selon qu'il s'agit d'une personne de droit privé ou d'une entreprise publique autonome, est objectif (B.5), la distinction n'est pas pertinente à la lumière de l'objectif poursuivi, à savoir le fait qu'en règle générale, aucune preuve écrite n'est établie de la naissance et de l'acquittement des dettes concernées. La seule circonstance qu'il s'agit d'une entreprise publique autonome ne suffit pas pour exclure l'entreprise en tant que telle de l'application du bref délai de prescription : la circonstance qu'elle effectue également des missions publiques ne change rien au fait que la présomption de paiement peut également être admise pour ses actions portant sur ses actes ayant pour objet la fourniture de « *marchandises* » ; dans le cas contraire, la loi ne qualifierait pas ses actes d'actes de commerce (B.6). A nouveau, l'élément purement légal prend ici une place très (trop ?) importante dans le raisonnement de la Cour.

⁵⁴ Le fédéralisme même justifie en effet, par définition, les différences de traitement dans les matières incombant aux entités fédérées et ce d'une entité à l'autre, ce qui n'est cependant pas le cas de la responsabilité pénale des personnes morales. V. M. NIHOUL, *o.c.*, C.D.P.K., 2006, n° 3, p. 710 et les exemples cités en note 16. *Adde* C.A., n° 127/2007, 4 octobre 2007, B.4 concernant la possibilité de priver de son mandat un candidat élu aux élections communales – mais non aux élections législatives – qui n'avait pas respecté les dispositions relatives à la limitation et au contrôle des dépenses électorales : « *en comparant la situation des conseillers communaux à celle des parlementaires fédéraux, la question préjudicielle critique une différence de traitement qui trouve sa source dans l'application de normes de législateurs différents à des personnes exerçant des fonctions différentes. Une telle différence ne saurait en soi être considérée comme contraire au principe de proportionnalité dans l'exercice des compétences, l'autonomie que l'article 6, §1^{er}, VIII, de la loi spéciale du 8 août 1980 a conférée aux régions n'aurait pas de sens si une différence de traitement*

12. Il n'est toutefois pas rare de voir la Cour raisonner différemment.

A propos de la discrimination des provinces en matière de contrôle des finances par la Cour des comptes, inexistant s'agissant des communes, la Cour d'arbitrage a par exemple rétorqué qu'un traitement défavorable digne d'intérêt ne saurait pas se réduire à une simple incommodité, surtout lorsque celle-ci « *est de nature à protéger les intérêts qui lui sont confiés plutôt qu'à leur nuire* »⁵⁵. Point de symétrie par seul souci cosmétique ou coquetterie, autrement dit. A moins d'y voir une sensibilité particulière pour la protection de l'administré lorsque celle-ci est mise en perspective ?

Dans un arrêt du 13 février 2002, la Cour a en tous cas sauté sur la justification avancée dans les travaux préparatoires pour raccourcir de trente à cinq ans le délai de récupération de l'indu en matière de traitements des agents de l'Etat - à savoir le souci légitime de limiter les conséquences dommageables de la répétition de sommes certes payées indûment, mais généralement par erreur et touchées de bonne foi par les intéressés - pour conclure que, de ce point de vue, les agents de l'Etat ou d'une province, d'une part, et, d'autre part, les agents communaux se trouvent dans des situations comparables. En effet, la différence selon laquelle la comptabilité des communes n'est pas soumise au contrôle de la Cour des comptes n'affecte en rien la situation de leurs agents et le délai raccourci ne se justifie pas seulement pour des raisons tenant à la saine gestion des finances publiques⁵⁶. La circonstance que le délai raccourci en matière de créances à charge de l'Etat ou de la province n'est pas discriminatoire comparé à celui applicable aux dettes communales n'implique pas,

autrement dit, que ne le serait pas le délai raccourci en matière de répétition de sommes en matière de traitements.

Par contre, lorsque c'est un travailleur du secteur public qui réclame parce que la prescription annale de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 (s'agissant des actions naissant d'un contrat après la cessation de celui-ci) ne s'appliquerait pas dans son cas, la Cour globalise son appréciation pour rejeter la critique d'une discrimination en considérant que le législateur, lorsqu'il a réglé la prescription des créances à charge ou au profit de l'autorité publique, a pris en considération le caractère particulier de cette autorité à la fois en tant que créancier et débiteur. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle met spécialement en avant, travaux préparatoires à l'appui, la complexité des calculs des rémunérations, qui prenaient régulièrement du retard, et le fait que la révision par la Cour des comptes peut avoir pour conséquence la découverte d'une erreur plusieurs années après sa commission⁵⁷.

La Cour semble raisonner différemment lorsque les intérêts de l'administré sont moins directement concernés, c'est-à-dire à travers la collectivité, ou lorsqu'ils le sont en sens contraire, parce que la prescription est susceptible de les frapper. Dans son arrêt n° 106/2006 rendu le 21 juin 2006 en matière de prescription quinquennale, la Cour considère ainsi que les motifs qui justifient la prescription quinquennale dans certains cas, même s'ils sont rencontrés dans d'autres situations ou dans le chef d'autres autorités - voire d'autres personnes - ne seraient pas de nature à obliger le législateur à leur réserver le même traitement⁵⁸ ... La Cour va même



entre les destinataires, d'une part, de règles fédérales et, d'autre part, de règles régionales dans des matières analogues, était jugée contraire en tant que telle au principe d'égalité et de non-discrimination ».

Rappr. sous l'angle de la décentralisation cette fois Cass., 4 juin 1996, www.cass.be (14 avril 2006) : « *L'inégalité présumée ne résulte pas du règlement de police, mais de l'attribution de compétences aux communes* ».

⁵⁵ C.A., n° 12/2001, 7 février 2001, B.11 à B.14 (ici B.13). C'est donc faute d'avoir démontré qu'elle pourrait être directement et défavorablement affectée par les dispositions qu'elle critique que la province requérante est irrecevable à les attaquer.

⁵⁶ C.A., n° 35/2002, 13 février 2002, B.3 à B.5.

⁵⁷ C.A., n° 95/2007, 27 juin 2007, B.14 et B.15. L'affaire concerne l'Office flamand de l'emploi et de la formation professionnelle, établissement public soumis au contrôle de la Cour des comptes. Selon la Cour constitutionnelle, ledit établissement n'est en réalité pas soumis à la prescription quinquennale car « *l'intervention du législateur spécial est requise pour déclarer une telle disposition applicable aux organismes d'intérêt public dépendant des communautés et des régions. Pour la Communauté germanophone, l'intervention du législateur ordinaire est requise à cette fin* » (B.4.1). La Cour a néanmoins poursuivi son contrôle de constitutionnalité selon l'interprétation retenue par le juge du fond qu'elle ne peut pas lier sur ce point. A noter que la Cour met encore en évidence le fait que la prescription quinquennale est celle « *qui s'applique à la plupart des actions nées d'une relation de travail* », que donc « *Le délai fixé dans la disposition en cause se situe dans cette ligne* » (B.16) et qu'en conséquence la différence de traitement est raisonnablement justifiée. La Cour ne souhaite pas faire dans le détail de la comparaison, autrement dit.

⁵⁸ V. ci-dessus, note 50.

jusqu'à exclure finalement⁵⁹ toute typologie institutionnelle ou administrative⁶⁰ de nature à justifier et rendre cohérente l'exception faite au droit commun en matière de prescription.

13. Cela dit, la Cour ne raisonne pas toujours de la même manière d'une matière à l'autre et il reste à l'esprit que l'impossibilité pour un travailleur de se prévaloir de la cause d'excuse absolutoire en matière de responsabilité pénale lorsqu'il travaille pour une personne morale de droit public immunisée n'a pas été jugée discriminatoire malgré que l'objectif de la cause d'excuse visait clairement à le protéger, spécialement en évitant que sa responsabilité pénale soit systématiquement mise en jeu avec les conséquences infâmantées et disciplinaires que cela entraîne inévitablement⁶¹.

B. En matière de responsabilité civile

14. En matière de responsabilité civile des fonctionnaires, par contre, la Cour a écarté toute différence de traitement qui reposerait sur la nature juridique de l'employeur ou sur celle de la relation entre le travailleur et l'employeur à propos de l'immunité civile des travailleurs les protégeant contre les risques particuliers auxquels ils s'exposent dans l'exécution de leur contrat de travail et qui peuvent impliquer pour eux des charges considérables⁶². Cette jurisprudence bien établie conforte le sentiment d'un traitement différent, sans véritable justification, de deux situations concrète-

ment comparables du point de vue de la responsabilité ou de la condamnation pénale, alors même que, pour l'employé, le risque pénal est beaucoup plus lourd de conséquences que le risque civil et qu'il ne peut pas faire l'objet d'un contrat d'assurance.

C. En matière institutionnelle

15. En matière institutionnelle, la Cour a cette fois considéré, dans un arrêt n° 128/2006 rendu le 28 juillet 2006 à propos de l'incompatibilité établie par l'article L1125-2, alinéa 1^{er}, 3° du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation visant à interdire au conjoint ou cohabitant légal du secrétaire ou du receveur communal d'être membre du collège communal, que « *Quand un législateur instaure des incompatibilités qui limitent l'accès à une fonction dans une institution publique, afin de renforcer l'indépendance de ses membres, la seule constatation que des incompatibilités identiques ne limitent pas de la même manière l'accès d'autres personnes aux mêmes fonctions ou à des fonctions semblables dans d'autres institutions, ne suffit pas à justifier l'annulation de la mesure. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'impose pas au législateur de n'établir des incompatibilités que par une mesure générale applicable à toute institution comparable relevant de ses compétences et il est de son pouvoir d'appréciation de fixer ses priorités en cette matière indépendamment des choix opérés dans ce domaine par d'autres législateurs* » (B.6.4).

⁵⁹ Dans ce sens, v. pourtant initialement C.A., n° 170/2004, 28 octobre 2004, B.5 : les raisons justifiant le régime dérogatoire concernant l'Etat « *ne pourraient justifier que les créances à charge des intercommunales soient soumises au délai de prescription de cinq ans* » eu égard à la forme juridique privée de celle-ci et leur soumission à la comptabilité des entreprises.

⁶⁰ Type d'autorité administrative ou de décentralisation pratiquée ou incarnée à titre principal par l'autorité visée, selon qu'elle est territoriale ou de service.

⁶¹ C.A., n° 5/2005, A.1 et A.3.3 et B.5.3 où la Cour souligne que le législateur entendait en effet contredire une jurisprudence qui menait à une responsabilité quasi objective en condamnant des dirigeants de personnes morales pour des infractions qu'ils ne commettaient pas matériellement mais auxquels ces infractions étaient imputées en raison de la position qu'ils occupaient au sein de la personne morale.

⁶² V. C.A., n° 77/96, 18 décembre 1996, B.4 : « *Dans l'état actuel de la législation, les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés en ce que, en matière de responsabilité civile, d'une part, les articles 1382 et suivants et 1251, 3°, du Code civil permettent aux pouvoirs publics d'intenter une action récursoire contre le membre de leur personnel statutaire lorsqu'à la suite d'une faute légère occasionnelle commise par celui-ci dans le cadre de ses fonctions, lesdits pouvoirs ont indemnisé la victime du dommage dont cet agent a été déclaré responsable et, d'autre part, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 précitée limite la responsabilité civile du travailleur, lié par un contrat de travail, aux seuls cas de dol, de faute lourde et de faute légère habituelle. Cette différence de traitement, qui n'a d'ailleurs pas été défendue devant la Cour, n'est pas justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique* ». De même : C.A., n° 19/2000, 9 février 2000, B.3 ; C.A., n° 17/2003, 28 janvier 2003, B.3.

D. En matière de compétences pénales

16. Pour en revenir au droit pénal, nous avons attiré l'attention, il y a quelque temps, sur une discrimination dont seraient victimes les communautés et régions et qui, sauf erreur, n'a pas encore reçu écho dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁶³. La discrimination vise également une dérogation au droit commun de la responsabilité pénale, cette fois en termes de compétences, en ce qui concerne la maîtrise des principes généraux du droit pénal contenus dans le livre premier du Code pénal et plus particulièrement le champ d'application des règles relatives à la participation et aux circonstances atténuantes s'agissant des incriminations fédérées. L'égalité entre autorités publiques serait susceptible d'influencer l'interprétation donnée par la Cour d'arbitrage aux articles 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 et 100 du Code pénal. Une interprétation qui, pour l'heure, a été retenue avant 1993 et qui, compte tenu de la modification de l'article 11 de la loi spéciale précitée en 1993, gagnerait à être adaptée sous peine, précisément, de contradiction avec le principe de non-discrimination.

Il faut reconnaître qu'au départ les deux dispositions étaient difficiles à articuler. A l'époque, l'émission du droit pénal faisait figure de spectre et aucune dérogation au livre I^{er} du Code pénal n'était donc admise de la part des législateurs fédérés, en quelque sorte « *condamnés* » à légiférer « *conformément au livre I^{er} du Code pénal* »⁶⁴. La difficulté est venue de ce que, dans le livre I^{er} du Code pénal figure un article 100 – appa-

remment passé inaperçu au fil des réformes - article qui permet précisément à des lois et règlements particuliers de déroger au livre I^{er} du Code pénal⁶⁵. L'application stricte des deux dispositions revenait donc à paralyser le dispositif de l'article 11. Le respect du livre I^{er} du Code pénal aurait produit l'effet contraire à celui programmé si la Cour d'arbitrage n'était pas intervenue pour tenter de concilier les deux dispositions dans le respect de la hiérarchie des *volontés*.

A l'estime de la Cour, en effet, « *L'article 11 ne permet (...) pas au législateur décentralisé de déroger aux dispositions du Livre I^{er} du Code pénal. Les Communautés et les Régions ne peuvent dès lors recourir à l'article 100 du Code pénal, même si cette disposition est intégrée dans le Livre I^{er} dudit Code. Le législateur spécial a voulu que les règles contenues dans le Livre I^{er} restent uniformes et que les Communautés et les Régions n'y dérogent pas. Il a dès lors précisé expressément que l'ensemble des matières comprises dans le Livre I^{er} du Code pénal ressort (relève) de la compétence du législateur national. Il n'appartient pas au législateur décentralisé de régler ces matières* »⁶⁶.

17. On le comprend : le nœud de la difficulté, pour la Cour d'arbitrage, était de combiner l'article 11 de la loi spéciale avec l'article 100 du Code pénal. Mais au lieu de priver d'effet une partie seulement de l'article 100 du Code pénal, la Cour d'arbitrage a préféré ignorer l'ensemble de la disposition, au risque de ne pas choisir la voie la plus rationnelle et la plus proportionnelle.

Pourtant, une solution médiane⁶⁷ existait, était par-



⁶³ M. NIHOUL, « Les compétences pénales de la Communauté germanophone selon la Cour d'arbitrage », in K. STANGHERLIN, *La Communauté germanophone de Belgique - Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens*, Bruges, La Charte, coll. Projucit, 2005, pp. 481 à 531.

⁶⁴ L'article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 disposait en effet que « *Dans les limites des compétences des Régions et des Communautés, les décrets peuvent ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir les peines punissant ces manquements conformément au Livre I^{er} du Code pénal, à l'exception des peines criminelles fixées à l'article 7 de ce Code* ».

⁶⁵ « *À défaut de dispositions contraires dans les lois et règlements particuliers, les dispositions du premier livre du présent Code seront appliquées aux infractions prévues par ces lois et règlements, à l'exception du chapitre VII, et de l'article 85* ». Ainsi, « *La responsabilité pénale propre des personnes morales, telle qu'elle est réglée à l'article 5 du Code pénal, s'applique à toutes les infractions, sauf disposition contraire dans les lois pénales particulières (article 100 du Code pénal). Rien n'empêche le législateur de déroger, dans un cas particulier, à la règle générale, à la condition qu'existe pour ce faire une justification objective et raisonnable* » (C.A., n° 145/2002, 15 octobre 2002, B.3.1 et C.A., n° 104/2003, 22 juillet 2003, B.5).

⁶⁶ C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.5 ; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.3 ; C.A., n° 51/88, 17 mars 1988, B.3 ; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.3 ; C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.5 ; C.A., n° 5/90, 17 janvier 1990, 3.B.2 ; C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 4.B ; C.A., n° 38/92, 7 mai 1992, B.2 ; C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, B.3 ; C.A., n° 92/99, 15 juillet 1999, B.5 (formulé à l'imparfait).

⁶⁷ En faveur d'une solution opposée : Y. LEJEUNE, « La protection des droits et libertés », in F. DELPÉRIÉE (dir.), *La Cour d'arbitrage. Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 351, n° 337 ; J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN

faitement envisageable et permettait de préserver l'effet utile de la compétence fédérale en matière de principes généraux. Cette solution aurait pu consister à priver d'application l'unique partie de la disposition qui était source de contradiction, à savoir la possibilité d'établir des dérogations aux matières elles-mêmes ⁶⁸. Selon cette voie, les deux « principes d'exception » n'auraient pas été considérés comme étant d'office applicables aux infractions fédérées, tout en permettant aux communautés et régions de prescrire leur application, mais sans pouvoir y apporter aucune modification.

Avec le recul, cette alternative était davantage conforme au texte même de la disposition spéciale que la solution plus radicale dès lors que refuser l'application de l'article 100 revenait à imposer l'application aux législations décrétales de l'article 85 du Code pénal et de la participation, ce qui, en soi, n'est plus du tout « conforme » ⁶⁹ au livre I^{er} du Code pénal. En outre, le raisonnement opéré revenait à donner une trop large

portée à ce qui n'est en fin de compte qu'une exception – à savoir une réserve de compétence fédérale ⁷⁰.

Pourtant, chaque fois que la Cour d'arbitrage a été confrontée à un article qui « règle la mesure dans laquelle les dispositions du Livre premier du Code pénal sont applicables au présent décret » - en précisant par exemple que toutes les dispositions du Livre I du Code pénal, excepté les chapitres V et VII, mais y compris l'article 85, sont applicables aux délits prévus par le présent décret, comme dans l'arrêt n° 44/87 ; ou en stipulant dans le sens de la Cour que toutes les dispositions du Livre I du Code pénal, sans exception des chapitre VII et article 85, sont applicables aux délits prévus par le présent décret - , la Cour a pris soin de rappeler – encore récemment - qu'« Il n'appartient pas au législateur décretaal de prendre ces dispositions, que ce soit en (y) dérogeant ou en les confirmant ou encore en les déclarant applicables ou non⁷¹. Ces dispositions ne ressortissant en effet pas à la compétence du législateur décretaal



WYNGAERT, « Les accords de la Saint-Michel et le droit pénal », *J.T.*, 1992, p. 858 et note 7 (également paru in *Panopticon*, 1993, pp. 1 à 5, sous le titre « De Sint Michielsakkoorden en de federalisering van het strafrecht : een Belgenmop ? ») ; P. COENRAETS, « Les conséquences de la réforme de l'Etat en droit pénal de l'environnement », obs. sous C.A., n° 50/92, 18 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, n° 4 et 5, pp. 1305 et 1306 et note 10 ; P. COENRAETS et E. MARON, « Les transferts de compétences de l'autorité fédérale vers les communautés et les régions », in *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé ?*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 158. Rapp. M. FAURE, « Het milieustrafrecht in rechtstvergelijkend perspectief », *Panopticon*, 1991, p. 326 ; « De weerslag van de grondwetsherziening op het milieustrafrecht », in B. BRONDERS, N. DE SADELEER, R. ERGEC et P. VAN ORSHOVEN, *La protection de l'environnement dans la Belgique fédérale en 1993*, E. Story-Scientia, 1994, n° 7 à 9, pp. 94 et 95 et n° 30 et 31, pp. 101 et 102 ; N. DE SADELEER, « Les transferts de compétences aux entités fédérées : l'environnement, l'agriculture et le pénal », *A.P.T.*, pp. 188 et 189. Comp. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 6^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 190 et 191, suivis par P. TRAEST, « Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel », *R.W.*, 1993-94, n° 10, p. 1196.

⁶⁸ Rapp. J. DELVA et J. SMETS, « De Staatshervorming en het strafrecht », in *Liber amicorum Marc Châtel*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, n° 11, p. 96. *Contra* : M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 229 ; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 104, n° 72.

⁶⁹ Au sens de l'expression « conformément au Livre Ier du Code pénal », expression générale et tout sauf claire sur le point de savoir si le législateur spécial a voulu inclure ou non l'article 100 du Code pénal dans les principes généraux du droit pénal applicables aux infractions décrétales ce qui cependant, *de facto*, aurait permis aux décrets et ordonnances de prévoir des dispositions contraires à celles du premier livre du Code pénal les concernant.

⁷⁰ Dans le sens d'une interprétation stricte commandée par le caractère d'exception de la réserve : B. JADOT, « Les régions belges et la répression des infractions, spécialement dans le domaine de l'environnement », *R.D.P.C.*, 1989, p. 1076, n° 5 ; M. VERDUSSEN, « La répression pénale », in F. DELPÉRÉE (dir.), *La Belgique fédérale*, Bruxelles, Bruylant, 1994, n° 349, p. 302, note 208 et n° 353, p. 304 et *o.c.*, 1995, pp. 217 et 218 (une politique criminelle globale) et 229, note 2 (mais rem. p. 233 : « autre chose qu'une simple 'atténuation' »). Comp. P. TRAEST, *o.c.*, *R.W.*, 1993-94, n° 10 et 11, pp. 1195 et 1196.

⁷¹ « Il n'appartient pas au législateur décretaal de régler ces matières, quand bien même il ne ferait que reproduire les dispositions nationales existantes », prend simplement la peine d'indiquer la Cour dans certains arrêts : C.A., n° 5/90, 17 janvier 1990, 3.B.2 (le dispositif de l'article 100 du Code pénal était simplement reproduit dans le décret en incluant les exceptions) ; C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 4.B ; C.A., n° 38/92, 7 mai 1992, B.2 et C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, B.3 (*idem* n° 5/90) ; C.A., n° 92/99, 15 juillet 1999, B.5 (le tout formulé à l'imparfait).

tal: comme les autres dispositions, les chapitres V⁷² et VII du Livre I^{er} du Code pénal, tout comme l'article 85 de celui-ci s'imposent au législateur décréteur »⁷³. Le cas échéant, cet article viole, par conséquent, les règles déterminant le partage des compétences. Il doit être invalidé ou annulé, selon le contentieux préjudiciel ou de l'annulation.

A supposer que cette interprétation soit correcte, l'intérêt d'invalidier ou annuler une disposition qui confirmerait la portée de l'article 100 en reproduisant les termes peut paraître théorique ou artificiel dès lors que concrètement, le plus souvent, cela ne change

rien au régime juridique applicable, si ce n'est identifier que seul l'article 11 de la loi spéciale sort ses effets, au détriment de l'article 100 du Code pénal. Le plus souvent, en effet, les législations fédérées ne reproduisent pas le contenu de l'article 100 du Code pénal, mais bien sa portée telle qu'interprétée par la Cour d'arbitrage avant 1993 s'agissant du droit pénal spécial particulier d'ordre fédéré⁷⁴. Le seul intérêt pratique, le cas échéant, pourrait être d'ordre légistique, à savoir permettre d'éviter qu'une modification ultérieure de l'article 11 de la loi spéciale⁷⁵ ne vienne contredire les législations fédérées - fût-ce formellement - sur un

⁷² La référence au chapitre V ne doit pas étonner car celui-ci contient les règles de la récidive auxquelles il était en l'occurrence tenté de déroger ou d'échapper, selon le cas. Contrairement aux apparences, cela ne signifie pas que ce chapitre figurait également, à l'époque, parmi les exceptions de l'article 100.

⁷³ C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.15. De manière quasi identique : C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.13 ; C.A., n° 51/88, 17 mars 1988, B.5 ; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.10. V. aussi C.A., n° 5/90, 17 janvier 1990, 3.B.6 et C.A., n° 15/90, 5 avril 1990, B.17 et B.21 dans lesquels la Cour reprend les deux premières phrases (en réalité le paragraphe) pour conclure ensuite que « Selon l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les articles 1^{er} à 99 du Livre I^{er} du Code pénal, en ce compris (le chapitre VII et) l'article 85, sont d'application aux manquements réprimés par les décrets » (l'article 85 était excepté dans la première disposition attaquée du second arrêt, ce qui explique les parenthèses) ; rapp. C.A., n° 38/92, 7 mai 1992, B.4.2 (les articles 1^{er} à 99 et par conséquent les exceptions ... pourtant, l'article 11 de la loi spéciale fait référence à l'ensemble du livre I^{er}).

⁷⁴ Rem. ainsi Cass., 29 octobre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2061 et notes et www.cass.be (3 janv. 2005) : le moyen, en cette branche, fût-il fondé, ne saurait entraîner la cassation dès lors que ce n'est pas en vertu de la disposition décrétole - fût-elle entachée d'excès de compétence en ce qu'elle dispose l'application de l'ensemble du livre I^{er} du Code pénal - que les articles 66 et 85 de celui-ci sont applicables aux pénalisations et peines fédérées, mais bien en vertu de l'article 11, alinéa 1^{er} de la loi spéciale du 8 août 1980 directement. A noter qu'à l'estime de la Cour de cassation - fort catégorique à ce sujet -, « (...) le chapitre VII, et donc l'article 66 du Code pénal et l'article 85 du Code pénal ont toujours été et restent applicables aux pénalisations et peines en vertu de l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (...) ». L'attendu concerné est précédé des termes « il résulte de ces dispositions que » qui renvoient aux deux versions successives de l'article 11 précité, mais probablement aussi l'article 39, §3 du décret du conseil flamand du 28 juin 1985 qui, comme souvent dans les décrets ou ordonnances, dispose que toutes les dispositions du Livre I du Code pénal, *sans exception du chapitre VII et de l'article 85*, sont applicables aux infractions prévues par le présent décret. Le cœur de l'attendu est cependant explicite : c'est en vertu de l'article 11 précité que la Cour déduit l'application des dispositions concernées. La référence à l'arrêt n° 38/92 de la Cour d'arbitrage confirme ce point de vue de même que les termes par lesquels l'attendu concerné se termine après une virgule : « l'article 39, §3 du décret du 28 juin 1985 fût-il entaché d'excès de compétence ». C'est que, même confirmer l'application du chapitre VII et de l'article 85 du Code pénal était interdit au législateur décréteur avant la réforme constitutionnelle de 1993 ...

A noter que la Cour se fonde sur une jurisprudence constitutionnelle antérieure à 1993 (qui aurait pu changer entre-temps) pour statuer en la matière, certes à propos d'un décret datant de 1985, mais postérieurement à 1993 et concernant le champ d'application de règles contenues dans le livre I^{er} du Code pénal eu égard aux incriminations prévues par ce décret (la note sous l'arrêt cite au demeurant une doctrine en partie postérieure à 1993). La Cour de cassation ne peut en effet pas se prononcer sur la validité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance au regard des dispositions constitutionnelles et spéciales réglant le partage des compétences. On remarquera cependant *infra* que dans l'arrêt précité, comme dans un autre arrêt du 12 mai 1998 (*Pas.*, 1998, I, p. 244), la Cour apprécie elle-même si les mesures décrétoles sont ou non des peines au sens de l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980, c'est-à-dire des mesures entrant ou non dans la sphère de compétence du législateur décréteur ...

⁷⁵ Non une modification de l'article 100 du Code pénal - ou l'insertion d'une disposition comparable à un autre endroit du livre I^{er} du Code pénal - qui, à retenir l'interprétation de la Cour d'arbitrage, s'apparenterait à une modification du partage de compétences et requerrait une loi spéciale.



point qui échappe, en principe, à leur compétence.

18. Logiquement, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage devrait avoir évolué suite à la nouvelle rédaction de l'article 11 de la loi spéciale, pour tenir compte de l'extension des compétences pénales des communautés et régions intervenue en 1993 qui leur permet désormais de modifier le livre I^{er} du Code pénal ⁷⁶. Dès lors que l'unité du droit pénal général n'est plus assurée par l'article 11, en effet, plus rien ne justifie – et certainement pas la référence indirecte au livre I^{er} du Code pénal pour ce qui concerne l'avis conforme uniquement – d'empêcher l'article 100 du Code pénal, dans son ensemble, de sortir ses effets, y compris en ce qui concerne les incriminations décrétales. Dans ce nouveau contexte légal, prévoir expressément par décret l'application des chapitre VII et article 85 du Code pénal ne s'apparente d'ailleurs même pas à des pénalisations requérant l'avis conforme du Conseil des ministres fédéral puisque, le cas échéant, elles ne seraient pas nouvelles ...

Néanmoins, il semble que la Cour d'arbitrage soit résolue à confirmer sa prime jurisprudence sans tenir compte de la réforme de 1993 et de la modification de l'article 11. Dans un arrêt n° 127/2000, la Cour avalise

en effet le point de vue – défendu par les requérants mais aussi par le gouvernement flamand – selon lequel « les dispositions des articles 1^{er} à 99 du Code pénal, en ce compris l'article 85 relatif aux circonstances atténuantes », sont applicables aux sanctions pénales prévues par le législateur décretaal « conformément à l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, remplacé par l'article 5 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 » ⁷⁷. De la sorte, la Cour part en tous cas de ce point de vue pour comparer les amendes pénales établies par le décret concerné, avec des amendes administratives prévues par le même décret, mais sans prévoir de circonstances atténuantes concernant ces dernières, pour une même infraction.

Une telle position, certes implicite, est d'autant moins compréhensible que les termes de l'article 11 de la loi spéciale ne prescrivent plus aujourd'hui la conformité du droit pénal fédéré avec le livre I^{er} du Code pénal ⁷⁸ et que l'interdiction de déroger à ce livre est un verrou que l'on a délibérément fait sauter. Depuis 1993, l'on a pris « une toute autre direction » ⁷⁹ et les communautés et régions peuvent parfaitement modifier les règles dans les deux matières constitutives d'exceptions à l'article 100 du Code pénal, voire même, désor-



⁷⁶ Depuis l'entrée en vigueur de l'article 5 de la loi spéciale du 16 juillet 1993, l'article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 est libellé comme suit : « Dans les limites des compétences des Communautés et des Régions, les décrets peuvent ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir les peines punissant ces manquements ; les dispositions du livre I^{er} du Code pénal s'y appliquent, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par décret pour des infractions particulières.

L'avis conforme du Conseil des Ministres est requis pour toute délibération au sein du Gouvernement de Communauté ou de Région sur un avant-projet de décret reprenant une peine ou une pénalisation non prévue au livre I^{er} du Code pénal.

Dans les limites visées à l'alinéa 1^{er}, les décrets peuvent :

1° accorder la qualité d'agent ou d'officier de police judiciaire aux agents assermentés du Gouvernement de Communauté ou de Région ou d'organismes ressortissant à l'autorité ou au contrôle du Gouvernement de Communauté ou de Région ;

2° régler la force probante des procès-verbaux ;

3° fixer les cas pouvant donner lieu à une perquisition » (M.B., 20 juillet 1993, vig. 30 juillet 1993).

⁷⁷ C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.6.3, combiné avec B.11.1 concernant les articles 57 à 59 du décret du 19 décembre 1998 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 1999. A noter que l'article 100 fait référence aux dispositions du premier livre du Code pénal dans lequel figurent également l'article 100bis depuis 1934 et l'article 100ter depuis 2001. Les deux dispositions concernent toutefois des dispositions très spécifiques, le premier la participation à un crime ou délit réprimé par le Code pénal militaire (clairement de compétence fédérale), le second la notion de minorité limitée au livre II du Code pénal.

⁷⁸ C'est en effet la dérogation à la règle de l'unité qui justifiait l'interdiction faite au législateur fédéré de déroger aux dispositions du livre I^{er} du Code pénal (de même que de les confirmer ou de les déclarer inapplicables ou non). V. M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., s.o. 1992-93, n° 1063/7, p. 60.

⁷⁹ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 6^e éd., 2003, p. 191 : celle d'un « législateur particulier à part entière » (les auteurs n'indiquent cependant pas le sort qu'il convient de réserver aux deux exceptions de l'article 100 du Code pénal comme suite à la modification de l'article 11 de la loi spéciale), comme le remarquaient déjà J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, *J.T.*, 1992, p. 859. V. aussi J. MESSINNE, « L'exemple d'un droit pénal régionalisé : regard sur le droit belge », *R.I.C.P.T.*, 1994, p. 59.

mais, les déclarer inapplicables⁸⁰ - en réalité applicables, dès lors que l'article 100 prévoit toujours une exception sur ce point ... -. En aucun cas l'ancienne jurisprudence de la Cour d'arbitrage ne peut être analysée comme ayant entraîné une abrogation implicite⁸¹ de l'article 100 du Code pénal par l'article 11 de la loi du 8 août 1980, au demeurant jamais déclarée par la Cour d'arbitrage. La jurisprudence de celle-ci procède même, au contraire, d'une conciliation implicite des articles. En outre, traiter les communautés et régions de manière différente, sur ce point, serait purement et simplement discriminatoire⁸² ...

19. De ce dernier point de vue, l'interprétation de la Cour d'arbitrage paraît s'inscrire à contre-sens de l'histoire dès lors qu'en ce qui concerne les circonstances atténuantes, précisément, l'article 105 de la loi du 4 août 1986 portant des dispositions fiscales est venu abroger l'alinéa 2 de l'article 100 du Code pénal de manière à adapter les dispositions du droit pénal fiscal en fonction de celles du droit pénal commun, c'est-à-dire éviter toute distinction entre infractions et délinquant fiscaux, d'une part, et infractions et délinquant de droit commun, d'autre part. Au terme de cette disposition, l'article 85 du Code pénal ne pouvait s'appli-

quer aux infractions punies par des lois particulières lorsque cette infraction avait pour effet de réduire les peines pécuniaires établies pour assurer la perception des droits fiscaux⁸³.

Ensuite et surtout, aucun élément fondé sur les compétences fédérées ne permet de justifier l'écartement de principe des exceptions de l'article 100 en ce qui concerne les infractions communautaires et régionales. La consultation des écrits de J.J. HAUS⁸⁴, artisan du Code pénal de 1867, révèle à ce sujet que les règles de la participation sont exceptées des lois et règlements particuliers, sauf dérogation expresse, parce que, « *D'abord, l'intention criminelle qui est une condition de toute complicité, n'est pas généralement requise dans les infractions spéciales. Ensuite, la sévérité des lois qui les répriment et qui, le plus souvent, ne sont fondées que sur des motifs d'utilité publique, serait aggravée outre mesure, si les tribunaux étaient obligés de punir non seulement celui qui aurait commis le crime ou le délit, mais encore tous ceux qui y auraient participé sans avoir coopéré directement à son exécution* »⁸⁵. Quant à la restriction de principe du droit conféré aux tribunaux de réduire les peines en cas de circonstances atténuantes en matière correctionnelle, elle s'explique par le fait que « *La plupart des infractions spéciales qui emportent des*



⁸⁰ Dans ce sens, gouvernement flamand *in* C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, A.13.3 : « *le fait de ne pas tenir compte de circonstances n'est pas la conséquence nécessaire de la distinction entre la sanction pénale et la sanction administrative d'un même fait. En effet, en vertu de l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980, les régions peuvent déclarer inapplicables les dispositions du livre I^{er} du Code pénal, y compris donc l'article 85 dudit Code, pour les infractions particulières qu'elles déterminent* ».

⁸¹ Sur l'abrogation implicite indésirable pour des motifs liés à la sécurité juridique, la prévisibilité et l'accessibilité du droit pénal, v. M. NIHOUL, « Contre l'abrogation implicite en droit pénal en matière de responsabilité pénale des personnes morales au nom de la sécurité juridique », *C.D.P.K.*, 2004, pp. 52 à 62 et *in o.c.*, 2005, n° 44 à 50, pp. 76 à 85.

⁸² Comp. avec l'ancienne interdiction de prévoir des peines criminelles jugée non rationnelle ou dépourvue de sens car de très nombreuses infractions punies de peines criminelles se rapportent à des compétences transférées (M. VERDUSSEN, *in o.c.*, 1994, n° 352, p. 304 et note 211 et *o.c.*, 1995, p. 224).

⁸³ V. C.A., n° 60/95, 12 juillet 1995, B.2.3 ; *Doc. parl.*, Sén., s.o. 1985-86, n° 310/1, p. 25 et n° 310/2/2°, pp. 3, 4 et 46 ; *Pasin.*, 1986, pp. 882 et 883. Rapp. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « Certitudes et incertitudes dans l'évolution du droit pénal en Belgique (1976-1987) », *Arch. Pol. Crim.*, 1989, sp. pp. 202 à 204.

⁸⁴ Rem. cependant F. GORLÉ, « Is een ontwarring van de huidige chaos van strafbaarstellingen nog mogelijk? », *in Liber amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, pp. 461 à 463 relatant le constat unanime selon lequel la plupart des législations spécifiques prévoient l'application sans exceptions du livre I^{er} du Code pénal. Un tel constat n'a toutefois pas pour effet de modifier le dispositif de l'article 100 du Code pénal ...

⁸⁵ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, T. I, 3^e éd., Gand, A. Hoste, 1879, n° 490, p. 371. L'explication contradictoire de J. MESSINNE ne tient donc pas selon laquelle les deux exceptions s'expliqueraient par « *la mentalité des auteurs du code qui avaient inscrit dans le livre II les infractions qui leur paraissaient importantes, de sorte que celles qu'allaient prévoir les lois particulières ne méritaient pas qu'en principe on leur applique des règles qui auraient pour effet de les réduire* » (*Droit pénal*, vol. I, 7^e éd., Bruxelles, P.U.B., 2000-01, p. 57). Rem. aussi C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 61 et l'explication du caractère trop technique des règles de la participation.

peines correctionnelles, sont des faits que la loi érige en délits uniquement par des considérations d'utilité sociale (délits positifs ou de convention sociale). Si les tribunaux n'abusent pas de la faculté d'atténuation, lorsqu'il s'agit des faits répréhensibles par la conscience humaine (délits naturels ou d'immoralité), il est à craindre qu'ils soient trop portés à n'appliquer que des peines minimales, quand ils sont appelés à réprimer des infractions qui ne blessent pas les lois naturelles. L'application, en matière correctionnelle, du système des circonstances atténuantes, système qui permet aux tribunaux de ne prononcer que des pénalités de police, aurait donc pour effet d'affaiblir une répression jugée nécessaire et de jeter la perturbation dans notre législation économique ou fiscale »⁸⁶.

Bref, il semble que, de ce double point de vue, ce qui vaut pour la loi particulière doit également valoir pour le décret ou l'ordonnance particulier⁸⁷, derrière lesquels, en pratique, se cache évidemment chaque fois une série de citoyens ; citoyens qui méritent d'être traités de la même manière sous l'angle des principes généraux du droit pénal - droit commun en la matière -, qu'ils soient régis par le droit fédéral, communautaire ou régional, à moins d'une justification cohérente et précise sur les deux points concernés⁸⁸.

On le perçoit davantage encore en matière de compétences : l'égalité des autorités publiques, de ce point de vue, concerne au premier plan les citoyens et il y a fort à parier que la question, si elle devait être un jour abordée par la Cour constitutionnelle, le serait parce qu'un citoyen invoquerait le régime plus favorable en l'absence de précisions légales ou dans les travaux préparatoires. Quant aux collectivités fédérées, on ne voit pas dans quelles circonstances elles pourraient être amenées à poser la question à la Cour constitutionnelle, à défaut d'être pénalement responsables, sauf peut-être à l'occasion d'un contentieux en matière de responsabilité du fait de l'activité législative ; on ne sait jamais.

Conclusion

20. A l'heure où le risque se précise de voir le législateur immuniser l'Etat de sa responsabilité civile du fait de son législateur – fût-ce partiellement –, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage n'est guère rassurante en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité de la loi du 4 mai 1999 qui a instauré l'immunité pénale des principales collectivités publiques à la charnière de deux



⁸⁶ J.J. HAUS, *o.c.*, T. II, 3^e éd., 1879, n° 850, pp. 126 et 127. « Un grand nombre de lois spéciales accordent expressément aux juges le pouvoir de réduire les peines, si des circonstances de cette nature militent en faveur du prévenu. Les autres lois, au contraire, en gardant le silence sur la faculté d'atténuation, la refusent par cela même aux tribunaux. Par le même motif le juge de police ne peut réduire, du chef de circonstances atténuantes, que les amendes portées par le Code pénal, à moins que le droit d'atténuation ne lui soit expressément conféré par une loi ou un règlement particulier » (p. 127).

Rapp. C.A., n° 60/2002, 28 mars 2002, B.4.4 ; C.A., n° 138/2006, 14 septembre 2006, B.5.2 et 3 ; C.A., n° 165/2006, 8 novembre 2006, B.5.2 et 3 ; C.A., n° 199/2006, 13 décembre 2006, B.5.2 et 3 ; C.A., n° 8/2007, 11 janvier 2007, B.5.2 et B.5.3 ; C.A., n° 81/2007, 7 juin 2007, B.4.2 et 3.

⁸⁷ En ce compris, *a priori*, l'application supplétive des exceptions de l'article 100 du Code pénal si une modification décrétable intervenait à propos d'une disposition contenue dans le titre II du Code pénal.

⁸⁸ *Adde* une série d'extraits des travaux préparatoires qui convergent dans ce sens, cités *in* M. NIHOUL, *o.c.*, 2005, pp. 528 et 529. La section de législation du Conseil d'Etat ne s'est guère prononcée sur ce point, à l'instar de la doctrine pénale ou constitutionnelle, à quelques exceptions près. Rem. surtout F. MEERSCHAUT, « De strafrechtelijke bevoegdheid van gemeenschappen en gewesten » (deel 4), *in* G. VAN HAEGENDOREN et B. SEUTIN (éd.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, die keure, p. 42, n° 12.1 et note 41 pour qui le livre I^{er} du Code pénal s'applique en vertu de l'article 11 de la loi spéciale directement en ce compris, depuis 1993, l'article 100 (déclarer applicable ledit livre ne suffirait donc pas à voir appliquer le chapitre VII et l'article 85 du Code pénal, comme le laisse parfois entendre la section de législation du Conseil d'Etat). Pour le reste, v. tout au plus : J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht publiekrecht*, D. 2, Brugge, die keure, 2003, n° 1463, p. 964, impl., la complicité faisant partie des exemples donnés en note 219 parmi les principes généraux applicables aux décrets ou ordonnances ; D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruges, La Chartre, 2003, p. 15, impl., l'auteur semblant mettre sur le même pied les lois, décrets et règlements, sans mentionner les ordonnances. *Contra* : P. COENRAETS et E. MARON, *in o.c.*, 1994, p. 159, les auteurs écrivant à propos de la faculté reconnue aux décrets d'écarter certaines dispositions du livre I^{er} du Code pénal que « La loi spéciale transpose, en fait, le mécanisme prévu à l'article 100 de ce Code. Elle ne contredit donc pas la jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage, puisqu'elle se contente de modifier, pour l'avenir, la règle de répartition des compétences » ; J. MESSINNE, *o.c.*, vol. I, 7^e éd., 2000-01, p. 58 dans le sens exprès de l'application du chapitre VII et de l'article 85.

siècles – de deux millénaires, il est vrai, cette fois-ci – ce qui n'a pas empêché la Cour de cassation, en matière de responsabilité civile, de tendre, quant à elle, vers l'égalité de principe, au regard du droit commun, des personnes morales, qu'elles soient publiques ou non⁸⁹. En matière d'immunité pénale des principales collectivités publiques, il se confirme par contre que la Cour d'arbitrage serait décidée à établir une sorte d'« écran total » pour protéger l'immunité face au rayonnement des principes d'égalité et de non-discrimination⁹⁰, y compris en ce qu'elle traite différemment des catégories comparables de collectivités publiques. Dans ce contexte, l'inégalité des collectivités publiques n'est pas un exemple à suivre, si le risque se concrétisait en matière civile, et il paraît impératif que le législateur détaille ses arguments, le cas échéant, de manière à éviter de s'en remettre à la Cour constitutionnelle pour justifier des choix difficiles, ce qui a le don de compliquer la tâche à celle-ci.

21. Avec le recul, il est permis, au passage, de se demander si l'inégalité entre autorités publiques, comme l'inégalité largement dénoncée en doctrine entre collectivités publiques et autres personnes morales, ne sera pas susceptible, un jour, de trouver un remède dans le droit international. L'on songe, en l'occurrence, aux principes d'égalité et de non-discrimination consacrés à l'article 14 de la Convention européenne des droits de

l'homme⁹¹ mais aussi dans les articles 2, 14, 24, 25 et 26 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques. Le principe d'égalité est formulé de manière très large à l'article 26 du Pacte, en particulier, au terme duquel « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi* »⁹².

L'avantage du droit international, lorsqu'il est directement applicable, est qu'il donne lieu à un contrôle diffus de conformité. Tous les juges peuvent s'en prévaloir pour refuser d'appliquer une disposition qui lui serait contraire. La disposition dénoncée, en l'occurrence, a le mérite d'être clairement identifiable et il n'est donc pas exclu de voir un jour le pouvoir judiciaire, plus difficilement la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, censurer l'immunité des principales collectivités publiques pour l'un des motifs qui viennent d'être énoncés. Comme il n'est pas exclu que ce soit un juge, demain, qui voie sa responsabilité pénale invoquée et qui serait privé, au motif de l'immunité pénale de l'Etat fédéral, du droit d'invoquer la cause d'excuse absolutoire prévue par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal.

22. Les discussions autour de l'immunité des collectivités publiques semblent montrer que le droit administratif a encore de beaux jours devant lui⁹³, y compris dans son versu s pénal, ce dont on n'a jamais douté, en réalité. Mais tout dépend de la manière⁹⁴. Les principes de



⁸⁹ *Addé* en matière de fonction publique la jurisprudence pragmatique et concrète qui succède à l'arrêt Pellegrin dans la jurisprudence de la Cour européenne et qui tend à faire de la puissance publique une notion contrôlable pour justifier *ratione materiae* la soustraction d'un fonctionnaire à la protection offerte par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : l'objet du litige doit être lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remettre en cause le lien spécial de confiance et de loyauté avec l'Etat employeur. V. C.E.D.H., *Vilho Eskelinen et cts c. Finlande*, 19 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 860 et obs. M. et E. VAN BRUSTEM, « Fonction publique et article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : la remise en question du critère fonctionnel est-elle le prélude à une extension des garanties procédurales en faveur d'un plus grand nombre de fonctionnaires ? ».

⁹⁰ Rapp. M. NIHOUL, *o.c.*, *J.L.M.B.*, n° 8, p. 605.

⁹¹ L'immunité pénale ne plonge toutefois pas le citoyen qui serait victime d'une infraction commise par une collectivité publique dans l'absence d'accès à un tribunal impartial au sens de l'article 6 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou dans l'absence d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la même convention. La voie civile lui est en effet ouverte et, du reste, l'article 6 de la même convention ne formule des garanties en matière pénale qu'en faveur de l'accusé. V. sur ce point M. NIHOUL, *o.c.*, 2005, n° 9, p. 30, note 19.

⁹² L'article dispose encore qu'« *A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* » (idr). Rem. aussi l'article 16 : « *Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique* ».

⁹³ Comp. P. MARTENS, « Que reste-t-il du droit administratif ? », *A.P.T.*, 2006, pp. 1 à 6, sp. p. 2, n° 3.

⁹⁴ V. M. NIHOUL, *o.c.*, 2001. Rem. aussi « Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative : l'eau et le feu ? », note sous S.L.C.E., avis n° A.78.976/VIII-9-1213 sur une demande formulée le 12 juin 1998, par le Ministre de la santé publique, en application de l'article 9 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, *C.D.P.K.*, 1999, pp. 363 à 367.

légalité, de proportionnalité, d'égalité et de non-discrimination et plus généralement les droits fondamentaux sont désormais les conditions d'existence du droit administratif. Il est difficile d'imaginer qu'il puisse en aller autrement⁹⁵. Il s'agit même d'une nécessité démocratique, surtout à l'heure où le secteur privé investit le service public de toutes parts. C'est dire si les *Chroniques de droit public* auront encore du pain sur la planche dans les années à venir car après avoir accompagné un changement de siècle et de millénaire, il convient désormais de continuer à suivre l'actualité en restant attentifs aux nouveaux défis du droit public.



⁹⁵ Notre thèse n'est donc pas celle d'une « *civilisation des privilèges de l'administration* », selon les termes de P. MARTENS et certainement aux apparences, mais bien de leur relecture moderne sous l'angle des droits fondamentaux et donc du droit commun, auquel les autorités publiques sont soumises en l'absence de dérogation légale, s'agissant de contestations portant sur des droits civils, au rang desquels figure l'exécution des actes juridiques au même titre que la responsabilité, tant que l'article 144 de la Constitution n'est pas révisé sur ce point.

Gageons que le droit européen, au même titre que les principes d'égalité et de non-discrimination ou encore la mode des partenariats public-privé, permettront enfin au droit administratif belge de s'affranchir de certaines théories administratives simplement transplantées de France. Il importe que nous revisitions la « *construction classique du droit administratif* » au risque de découvrir « *quelques souterrains oubliés, qui présentent peut-être des risques d'éboulement des parties supérieures* » (selon des termes empruntés à D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des « partenariats public-privé » (P.P.P.) », in B. LOMBAERT, *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bibliothèque de droit administratif, Bruges, La Charte, 2005, p. 230).

Cour d'Arbitrage, n° 31/2007, 21 février 2007

(...)

I. Objet de la question préjudicielle et procédure

Par jugement du 7 mars 2006 en cause de l'ASBL « Natuurpunt Beheer » et du ministère public contre Emile Thys et la wateringue « Het Schulensbroek », dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 9 mai 2006, le Tribunal correctionnel de Hasselt a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 5, alinéa 4, du Code pénal viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il exclut du champ d'application de l'article 5 du Code pénal les personnes morales de droit public citées dans cet article, alors que la wateringue, tel qu'elle est réglée par la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues, n'est pas exclue du champ d'application de l'article 5 du Code pénal ? ».

Des mémoires et des mémoires en réponse ont été introduits par :

- l'ASBL « Natuurpunt Beheer », dont le siège social est établi à 2800 Malines, Kardinaal Mercierplein 1;
- la wateringue « Het Schulensbroek », dont le siège est établi à 3560 Lummen-Linkhout;
- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 11 janvier 2007 :

- ont comparu :
 - . Me B. Dejan *loco* Me P. Helsen, avocats au barreau de Hasselt, pour la wateringue « Het Schulensbroek »;
 - . Me S. Brugmans *loco* Me V. Engelen, avocats au barreau de Hasselt, pour l'ASBL « Natuurpunt Beheer »;

. Me P. De Maeyer, qui comparait également *loco* Me E. Jacobowitz, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs M. Bossuyt et P. Martens ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. Les faits et la procédure antérieure

Au cours des années 2001, 2002 et 2003, la wateringue « Het Schulensbroek », personne morale de droit public, a effectué des travaux aux cours d'eau situés dans la zone territoriale pour laquelle elle est compétente. Ces travaux, qui ont été approuvés par le gouverneur de la province, auraient été réalisés en contradiction avec les dispositions décretales relatives à la conservation de la nature et au milieu naturel.

Le Tribunal correctionnel de Hasselt constate qu'en vertu de l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, certaines personnes morales de droit public ne peuvent être considérées comme une personne morale pénalement responsable. Les wateringues ne relèvent toutefois pas de cette catégorie.

La prévenue soutient que les wateringues sont des personnes morales de droit public, chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative et disposant d'organes démocratiquement élus. En ce que les wateringues doivent être considérées comme des personnes morales pénalement responsables, l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ne serait pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Le Tribunal correctionnel estime nécessaire de poser à la Cour une question préjudicielle à ce sujet.

III. En droit

- A -

A.1. La wateringue « Het Schulensbroek » soutient que les wateringues sont comparables aux personnes morales mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal puisqu'une wateringue est une personne morale de droit public dotée d'un organe directement élu, selon les règles démocratiques, ce qui, d'après les travaux préparatoires de la disposition en cause, constituait le critère pour exclure certaines personnes morales de la responsabilité pénale.

Elle constate par ailleurs que certaines des personnes morales mentionnées dans l'article ne disposent pas d'un organe directement élu. C'est notamment le cas



de la plupart des centres publics d'action sociale et des zones de police pluricommunales. Les wateringues présentent donc une comparabilité plus grande avec les autres personnes morales de droit public mentionnées dans l'article que les centres publics d'action sociale et les zones de police pluricommunales.

A.2. La wateringue « Het Schulensbroek » estime qu'il n'existe pas de justification objective et raisonnable à la différence de traitement créée par la disposition en cause.

Il ressort des travaux préparatoires et de l'arrêt de la Cour n° 128/2002 que le législateur a utilisé un double critère de distinction pour exclure les personnes morales de la responsabilité pénale, à savoir (1) la nature de droit public de la personne morale et (2) le fait de disposer d'un organe directement élu, selon les règles démocratiques.

On ne saurait trouver dans les travaux préparatoires aucun critère sur la base duquel les wateringues, qui sont des personnes morales de droit public dotées d'un organe directement élu, selon les règles démocratiques, doivent être distinguées des personnes morales mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal. La différence de traitement ne se fonde donc pas sur un critère objectif et ne serait *a fortiori* pas pertinente.

A.3. Selon la wateringue « Het Schulensbroek », le fait que les wateringues sont des personnes morales de droit public dotées d'un organe directement élu, selon les règles démocratiques, ressort de la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues. En vertu de cette loi, les wateringues sont des administrations publiques et les membres de la direction, le président et le vice-président sont désignés par l'assemblée générale, qui se compose de toutes les personnes titulaires d'un droit réel dans la zone territoriale de la wateringue. En outre, les wateringues sont chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, ce qui ressort de l'article 1er de cette loi, en vertu duquel elles ont pour tâche « la réalisation des objectifs et [le respect] des principes visés aux articles 4, 5 et 6 du décret relatif à la politique intégrale de l'eau et à l'exécution du plan de gestion du sous-bassin hydrographique ». La direction d'une wateringue est contrôlée par l'assemblée générale et est donc soumise à un contrôle politique. De surcroît, les wateringues sont placées sous la tutelle de la députation de la province.

A.4. L'ASBL « Natuurpunt Beheer », partie civile devant le juge *a quo*, renvoie à l'arrêt de la Cour n° 128/2002 et en déduit que pour déterminer la responsabilité pénale des personnes morales, le législateur doit tenir compte du fait que les personnes morales de droit public peuvent exercer des activités semblables à celles

de personnes morales de droit privé. Les personnes morales de droit public qui ne se distinguent des personnes morales de droit privé que par leur statut juridique ne peuvent être exclues de la responsabilité pénale des personnes morales. Il en va autrement pour les personnes morales de droit public chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, disposant d'une assemblée démocratiquement élue et possédant des organes soumis à un contrôle politique.

A.5. L'ASBL « Natuurpunt Beheer » estime que les wateringues ne satisfont pas aux critères utilisés par la Cour dans son arrêt n° 128/2002, sur la base desquels l'exclusion de certaines personnes morales de la responsabilité pénale peut se justifier.

Elle ne conteste pas que les wateringues sont des personnes morales de droit public mais bien qu'elles seraient chargées d'une « mission politique essentielle ». La tâche des wateringues est en effet limitée aux matières qui portent sur la politique intégrée de l'eau, visée par le décret de la Région flamande du 18 juillet 2003 relatif à la politique intégrée de l'eau. La tâche des wateringues diffère fondamentalement de celle des personnes morales de droit public mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, qui remplissent toutes une mission politique « essentielle ».

Les wateringues ne disposent pas davantage d'organes démocratiquement élus. En vertu de l'article 12 de la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues, l'assemblée générale d'une wateringue se compose de ceux des adhérités qui ont droit au vote. Les adhérités au sens de cette disposition sont ceux qui sont titulaires de droits réels emportant jouissance sur les fonds sis dans la circonscription de la wateringue. Seules les personnes qui remplissent certaines conditions en matière de possession de droits réels ont donc droit au vote. Le caractère démocratique des wateringues diffère dès lors fondamentalement de celui des personnes morales mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal.

Enfin les organes des wateringues ne sont pas non plus soumis à un contrôle politique. Ni l'assemblée générale ni la direction ne doivent assumer une responsabilité politique. Bien que les décisions et les actes des wateringues soient soumis à la tutelle administrative de la députation provinciale, cette tutelle peut difficilement être considérée comme un contrôle politique. En effet, la députation ne peut appeler politiquement les wateringues à se justifier. Le contrôle des wateringues diffère donc fondamentalement du contrôle politique des personnes morales mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal.



A.6. Le Conseil des ministres renvoie également à l'arrêt de la Cour n° 128/2002, duquel il peut se déduire que les exceptions prévues par l'article 5, alinéa 4, du Code pénal à la responsabilité pénale des personnes morales sont acceptables mais aussi que ces exceptions doivent demeurer limitées.

A.7. Le Conseil des ministres soutient que le caractère démocratique des wateringues doit pour le moins être nuancée. Il ressort de l'article 15 de la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues que le droit de vote à l'assemblée générale est avant tout réservé aux « grands adhérités », c'est-à-dire ceux qui possèdent une certaine superficie de terrain. En vertu de l'article 32 de cette loi, les membres de la direction sont nommés par l'assemblée générale, au sein de laquelle tous les propriétaires – *a fortiori* tous les habitants – n'ont donc pas le droit de vote.

Selon le Conseil des ministres, les wateringues ont davantage de caractéristiques communes avec les parastataux et les associations de copropriétaires qu'avec les personnes morales mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal.

A.8.1. La wateringue « Het Schulensbroek » ne partage pas le point de vue des autres parties selon lequel les wateringues ne disposeraient pas d'organes démocratiquement élus. Pour qu'on puisse parler d'un « organe démocratiquement élu », il est requis que l'organisme soit dirigé par des personnes élues directement parmi les propres membres, ce qui est incontestablement le cas des organes des wateringues. Le fait que chaque adhérité ou habitant d'une wateringue n'ait pas le droit de vote n'y change rien. Les adhérités qui détiennent un droit réel sur une propriété et qui ne remplissent pas les conditions pour obtenir le droit de vote peuvent en effet se grouper, en vertu de l'article 15 de la loi du 5 juillet 1956, et envoyer ainsi un délégué à l'assemblée générale. Pour qu'on puisse parler d'un « organe démocratiquement élu », il n'est de surcroît pas requis que chaque habitant ait le droit de vote. En effet, ce n'est pas non plus le cas des personnes morales de droit public qui sont exclues de la responsabilité pénale. Pour les zones pluricommunales et la plupart des centres publics d'action sociale, les organes directeurs ne sont en effet pas élus par la population. De même, pour les élections des organes des autres personnes morales mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, les habitants n'ont pas tous le droit de vote. Les mineurs d'âge et certaines catégories d'étrangers n'ont, par exemple, pas de droit de vote.

A.8.2. La wateringue « Het Schulensbroek » n'est pas non plus d'accord avec la position des autres parties selon laquelle les wateringues ne seraient pas soumises à

un contrôle politique. Un contrôle politique n'implique pas qu'il doive exister une autorité hiérarchique supérieure à laquelle il faut rendre des comptes, mais bien que l'organe directeur est responsable devant une assemblée générale. La direction de la wateringue est soumise au contrôle de l'assemblée générale de la même manière que le gouvernement est soumis au contrôle du Parlement.

A.9. L'ASBL « Natuurpunt Beheer » répond que les membres des conseils des centres publics d'action sociale sont élus par les conseillers communaux, lesquels sont à leur tour directement élus, et que les centres publics d'action sociale relèvent du contrôle politique du conseil communal. En outre, on ne saurait nier que les centres publics d'action sociale ont une mission politique essentielle, contrairement aux wateringues.

A.10.1. Le Conseil des ministres répond que, même s'il devait apparaître que les centres publics d'action sociale et les zones pluricommunales ne pouvaient être exclus du champ d'application de l'article 5 du Code pénal – *quod non* –, cela ne signifierait pas pour autant que les wateringues devraient également être exclues de ce champ d'application. En outre, certains centres publics d'action sociale disposent d'un organe directement élu, selon les règles démocratiques, et le législateur a pu estimer qu'il n'est pas souhaitable d'instaurer une différence de traitement entre les centres publics d'action sociale, selon qu'ils disposent ou non d'un organe directement élu.

A.10.2. Le Conseil des ministres souligne également que les zones pluricommunales n'ont été reprises qu'ultérieurement à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal et que, dans son arrêt n° 128/2002, la Cour ne semble pas avoir tenu compte de cette modification de loi. La Cour s'est par la suite encore prononcée sur la disposition en question dans les arrêts nos 42/2003, 99/2003, 75/2004, 8/2005 et 24/2005, sans que l'ajout des zones pluricommunales ait dû conduire à une constatation d'inconstitutionnalité. Dans son arrêt n° 8/2005, la Cour se base sur la version modifiée de l'article 5 du Code pénal, mais reprend sans le modifier le raisonnement de l'arrêt n° 128/2002. On peut en déduire que l'ajout des zones pluricommunales n'a pas eu d'influence sur le raisonnement et sur la décision contenus dans l'arrêt n° 128/2002. Au demeurant, le Conseil d'Etat, section de législation, n'a formulé aucune objection quant au projet d'ajouter les zones pluricommunales à la liste des personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal. Les zones pluricommunales se trouvent d'ailleurs dans une situation comparable à celle des centres publics d'action sociale. Elles disposent de la personnalité mor-



ale et exercent les compétences respectives du conseil communal, du collège échevinal et du bourgmestre en ce qui concerne l'organisation et la gestion du corps de police local. Les communes étant exclues du champ d'application de l'article 5 du Code pénal, les zones pluricommunales devaient donc également en être exclues.

A.10.3. Le Conseil des ministres estime, enfin, que, même si tous les motifs ayant entraîné l'exclusion des personnes morales mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal étaient également applicables aux wateringues – *quod certe non* –, cela ne signifierait pas pour autant que le choix du législateur de ne pas exclure les wateringues viole les articles 10 et 11 de la Constitution. En effet, il ressort de l'arrêt n° 128/2002 de la Cour que l'exclusion de la responsabilité pénale doit demeurer l'exception. Dans l'arrêt n° 1/2004, la Cour a du reste jugé que les articles 10 et 11 de la Constitution n'obligent pas le législateur à rendre applicable à toutes les autorités administratives chaque exception au droit commun décidée en faveur de certaines d'entre elles.

- B -

B.1.1. L'article 5 du Code pénal énonce :

« Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte.

Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable.

Sont assimilées à des personnes morales:

1° les associations momentanées et les associations en participation;

2° les sociétés visées à l'article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ainsi que les sociétés commerciales en formation;

3° les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale.

Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'État fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les

communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale ».

B.1.2. Le juge *a quo* demande si l'alinéa 4 de cet article est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il exclut les personnes morales de droit public qui y sont mentionnées du champ d'application de l'article 5, qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, mais ne le fait pas pour les wateringues, telles qu'elles sont réglées par la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues.

B.2. Les travaux préparatoires de l'article 5 du Code pénal révèlent que le législateur entendait lutter contre la « criminalité organisée », soulignant qu'il est souvent impossible de s'y attaquer « en raison de l'impossibilité d'engager des poursuites pénales contre des personnes morales », ce qui « assure souvent l'impunité de certains comportements criminels, malgré les troubles sociaux et économiques souvent très graves qu'ils provoquent » (*Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 2093/5, p. 2). Il voulait également donner suite à des recommandations formulées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe « au sujet de la criminalité des affaires et de la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises à l'occasion de l'exercice de leurs activités » (*ibid.*). Son initiative s'inscrivait en outre « dans le droit fil de certaines lois récentes, à savoir la loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles et la loi du 10 février 1999 relative à la répression de la corruption » (*ibid.*). Le législateur a dès lors estimé devoir assimiler les personnes morales aux personnes physiques en matière pénale.

B.3. A l'alinéa 4 de l'article 5 du Code pénal, le législateur a exclu plusieurs personnes morales de droit public du champ d'application de cet article qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, à savoir l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale.

B.4.1. Les personnes morales de droit public se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général. Le législateur peut raisonnablement considérer que son souci de lutter contre la criminalité organisée ne l'oblige pas à prendre



à l'égard des personnes morales de droit public les mêmes mesures qu'à l'égard des personnes morales de droit privé.

B.4.2. Le législateur doit cependant tenir compte de ce que des personnes morales de droit public ont des activités semblables à celles de personnes morales de droit privé et que, dans l'exercice de telles activités, les premières peuvent se rendre coupables d'infractions qui ne se distinguent en rien de celles qui peuvent être commises par les secondes. Il lui appartient, pour concilier avec le principe d'égalité sa volonté de mettre fin à l'irresponsabilité pénale des personnes morales, de ne pas exclure du champ d'application de la loi les personnes morales de droit public qui ne se distinguent des personnes morales de droit privé que par leur statut juridique.

B.4.3. Il ressort des travaux préparatoires de la disposition en cause qu'en principe les personnes morales de droit public sont pénalement responsables et que l'exception à cette règle ne concerne en général que celles « qui disposent d'un organe directement élu selon des règles démocratiques » (*Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3).

B.4.4. La différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif.

Les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique. Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique.

B.5. Aux termes de l'article 1er de la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues (ci-après : loi du 5 juillet 1956), tel qu'il a été remplacé par l'article 78, § 1er, du décret de la Région flamande du 18 juillet 2003 relatif à la politique intégrée de l'eau, les wateringues sont des administrations publiques, en dehors des zones de polders, ayant pour tâche, à l'intérieur des limites de leur zone territoriale, la réalisation des objectifs et le respect des principes visés aux articles 4, 5 et 6 du décret relatif à la politique intégrée de l'eau et l'exécution du plan de gestion du sous-bassin hydrographique. Les wateringues sont plus précisément chargées de développer, de

gérer et de restaurer les systèmes d'eau, afin d'atteindre les conditions connexes nécessaires à la conservation du système d'eau et en vue de l'utilisation polyvalente, compte tenu des besoins des générations actuelles et futures. Elles sont des personnes morales de droit public.

B.6.1. En vertu des articles 12 et 29 de la loi du 5 juillet 1956, chaque wateringue a une assemblée générale et une direction.

B.6.2. L'assemblée générale se compose d'adhérités ayant droit de vote, c'est-à-dire les personnes titulaires de droits réels emportant jouissance sur les fonds sis dans la circonscription de la wateringue (article 12 de la loi du 5 juillet 1956). Le règlement de chaque wateringue doit garantir au moins le droit de vote à tout adhérité qui possède des terres d'une superficie fixée à l'article 15 de la loi du 5 juillet 1956 (les « grands adhérités »), mais les propriétaires n'ayant pas isolément droit de vote peuvent grouper leurs propriétés pour atteindre le minimum fixé par le règlement en vue d'envoyer collectivement un délégué (ayant une voix) à l'assemblée générale.

B.6.3. Conformément à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1956, la direction de la wateringue est composée d'un président, d'un vice-président et d'administrateurs, dont le nombre est fixé par le règlement. Lorsque la wateringue appartient à moins de quatre adhérités, le président, le vice-président et les administrateurs sont nommés par le gouverneur. Dans les autres hypothèses, l'assemblée générale nomme les membres de la direction parmi les adhérités.

B.7.1. Bien que les organes des wateringues présentent quelques caractéristiques qu'on retrouve dans les organes démocratiquement élus, leur caractère démocratique est différent de celui des organes de l'Etat fédéral, des régions, des communautés, des provinces, de l'agglomération bruxelloise, des communes, des organes territoriaux intracommunaux, de la Commission communautaire française, de la Commission communautaire flamande et de la Commission communautaire commune.

B.7.2. L'assemblée générale d'une wateringue est exclusivement composée de personnes ayant certains droits réels dans la circonscription de la wateringue. En principe, seuls les adhérités titulaires de droits réels sur des terres d'une superficie déterminée (les « grands adhérités ») ont droit à une voix personnelle dans cette assemblée.

La composition de l'assemblée n'est fixée ni directement ni indirectement sur la base d'élections, à l'occasion desquelles les citoyens peuvent manifester leur opinion au sujet de la politique menée et proposée



par les représentants et les administrateurs. La responsabilité pénale des wateringues ne risque donc pas de susciter des plaintes dont l'objet réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique.

B.7.3. Il est exact que certaines parmi les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ne disposent pas d'un organe élu directement, à savoir les zones pluricommunales et certains centres publics d'action sociale.

En ce qui concerne les centres publics d'action sociale, le législateur a cependant raisonnablement pu considérer qu'il n'était pas indiqué d'établir une distinction entre ces centres, selon que leur conseil est élu directement – ce qui est le cas dans plusieurs communes à facilités – ou non. Par analogie, le législateur a raisonnablement pu estimer que les zones pluricommunales devaient être exclues de la responsabilité pénale des personnes morales, étant donné que leurs organes exercent les mêmes compétences que les organes des communes dans les zones unicomunales.

De surcroît la composition des organes en question est indirectement déterminée, entre autres, par les élections organisées pour les conseils communaux, à l'occasion desquelles les citoyens peuvent aussi s'exprimer au sujet de la politique menée par les zones pluricommunales et les centres publics d'action sociale.

B.8. La mission des wateringues, qui consiste essentiellement à développer, gérer et restaurer les systèmes d'eau est, de surcroît, différente de la mission des personnes morales mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, qui sont toutes chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative.

La circonstance que les wateringues peuvent, dans certaines limites, établir des redevances ayant le caractère d'impôts et réprimer les manquements à leurs règlements, n'emporte pas, en soi, une obligation pour le législateur d'étendre aux wateringues l'exception inscrite à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal.

B.9. Les différences précitées justifient que les wateringues ne soient pas exclues de la responsabilité pénale des personnes morales.

B.10. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs, la Cour dit pour droit :

L'article 5, alinéa 4, du Code pénal ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'exclut pas les wateringues du champ d'application de cet article.

